

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LEANDRO GARCIA ALGARTE ASSUNÇÃO

**A PRISÃO EM QUESTÃO: CONTRASTE ENTRE O DISCURSO JURÍDICO-PENAL E
OS DISCURSOS CRÍTICOS A PARTIR DA REALIDADE LOCAL BRASILEIRA E
LATINO-AMERICANA**

CURITIBA
2014

LEANDRO GARCIA ALGARTE ASSUNÇÃO

**A PRISÃO EM QUESTÃO: CONTRASTE ENTRE O DISCURSO JURÍDICO-PENAL E
OS DISCURSOS CRÍTICOS A PARTIR DA REALIDADE LOCAL BRASILEIRA E
LATINO-AMERICANA**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito, Área de Concentração em Direito do Estado, Linha de Pesquisa em Direito, Poder e Controle, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como parte das exigências para a obtenção do Título de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Katie Silene Cáceres Argüello

CURITIBA
2014

TERMO DE APROVAÇÃO

LEANDRO GARCIA ALGARTE ASSUNÇÃO

A PRISÃO EM QUESTÃO: CONTRASTE ENTRE O DISCURSO JURÍDICO-PENAL E
OS DISCURSOS CRÍTICOS A PARTIR DA REALIDADE LOCAL BRASILEIRA E
LATINO-AMERICANA

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre no curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientadora: _____
Prof^a. Titular Dr^a. Katie Silene Cáceres Argüello
Universidade Federal do Paraná

Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos
Instituto de Criminologia e de Política Criminal (ICPC)

Prof. Dr. Maurício Stegemann Dieter
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP)

Curitiba, 07 de fevereiro de 2014.

Dedico este trabalho a todos aqueles que, inspirados pelos ensinamentos de Michel Foucault, fazem de sua pesquisa acadêmica uma tentativa de compreender como se opera o exercício das relações de poder a partir da interface do saber, da verdade e do poder.

AGRADECIMENTOS

Tal como Jorge Luis Borges, também eu “prefiro sonhar que as superfícies polidas figuram e prometem o infinito”.

Esta foi uma jornada intensa.

Dois anos de intensa leitura, de enorme aprendizado, de inúmeros descobrimentos, de construção de novas e verdadeiras amizades. Nestes dois anos, as mudanças foram gigantescas não apenas no aspecto acadêmico: no aspecto profissional, depois de quase oito anos trabalhando no interior do Estado do Paraná, cheguei a Curitiba e sua Região Metropolitana para desenvolver minhas funções como membro do Ministério Público; no aspecto pessoal, veio, enfim, a celebração de meu casamento.

Produzir uma dissertação não é tarefa fácil, e em hipótese alguma pode ser considerado o resultado de um processo isolado, solipsista, ainda que, muitas vezes, solitário. Há inúmeros fatores a contribuir para o sucesso desta missão, e, por isso, é dever reconhecê-los todos, registrando-se em agradecimento toda a importância que cada um tem no resultado final deste processo.

Em primeiro lugar, à minha companheira de vida, Tanize Cássia Dambrós, que, mesmo diante das dificuldades que a vida tem lhe imposto, nunca deixou de entregar uma palavra de apoio, um gesto de carinho, uma atitude de compreensão, e nunca deixou de me incentivar a verticalizar meus objetos de investigação e interesse, ainda que isto tenha custado, por conta das inúmeras leituras, horas e dias de precioso convívio. Creio que apenas o amor é capaz de um gesto assim.

À minha família, que sempre acompanhou cada passo meu muito de perto. Ao meu pai, Edmilson, de quem recebi o aprendizado sobre a importância do comprometimento com a atividade acadêmica e a pesquisa científica, valores que carrego e carregarei por todo o sempre. À minha mãe, Carmen, que fez da felicidade de seus filhos a sua própria, pela abnegação e por nunca desistir de manter a família unida, não importando quais fossem os obstáculos. Aos meus irmãos, Fernanda e

Rodrigo, por todo o companheirismo e lealdade que nos unem para além dos laços de sangue.

À minha “segunda” família, meus sogros Célio e Marly, meus cunhados Jean e Gisa, Bruna e Ronald, meu sobrinho/afilhado João Marcelo, por terem me acolhido em seus corações como um dos seus.

Aos amigos conquistados durante a maravilhosa *caminhada da vida*, que muitas vezes acreditaram em mim quando nem eu mesmo mais acreditava: Fernando Miguel Pelissari, Alexandre Teixeira Luz, Clayton Fuzetti Boszczowski, Marcos Alexandre Dário, Fábio Tamarozi, Márcio Ferreira Infante Rosa, Adyr Mazer de Carvalho, Matheus Orlandi Mendes, Thaysa Pesarini Mendes, Camila Monteiro Pullin Milan, Cleyson Brene, Rodrigo Morillos, Luiz Paulo Dal Pont Lodetti, Márcia Hübler Mosko.

Aos colegas, servidores e amigos do Ministério Público do Estado do Paraná, pelas imensas contribuições ofertadas durante estes dois anos de estudos e pesquisas, que, de uma forma ou outra, permitiram a confecção do presente trabalho, em especial: Jacson Luiz Zilio, Márcio Soares Berclaz (também meu companheiro de Programa de Mestrado do PPGD-UFPR), Ronaldo Costa Braga, Luciano Machado de Souza, Rodrigo Leite Ferreira Cabral, Alexey Choi Caruncho, André Luís Bortolini, Rodrigo Régnier Chemim Guimarães, Paulo César Busato, Ivonei Sfoggia, Melissa Anselmo, Ronaldo de Paula Mion, Ana Karina Abrão Gama Monteiro, Fernando Cubas César, Adrilena Pedroni, Samantha Barzotto, Priscila Aguiar, Thaise Jefferson, Matheus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini e Carlos Eduardo Azevedo.

À FEMPAR (Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná), instituição que passei a integrar no ano de 2013, na pessoa dos colegas e amigos Claudio Smirne Diniz e Mauro Sérgio Rocha, pela confiança e pelo respeito a mim deferidos.

Às grandes amizades conquistadas durante estes dois anos junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR), pelo brilhantismo destes amigos(as), pela lealdade, pela simplicidade e por tudo aquilo que a mim ensinaram, nos âmbitos jurídico, filosófico e humano, em especial: Adriano Cordeiro, Ângela Couto Machado Fonseca, Bruna Araújo Amatuzzi, Danielle Regina

Wobeto de Araújo, Edna Torres Felício Câmara, Leandro Franklin Gorsdorf, Luiz Henrique Krassuski Fortes, Marion Bach, Maurício Dalri Timm do Valle, Paula Pessoa Pereira, Paula Talita Cozero, Priscila da Silva Barboza, Ricardo Alexandre da Silva, Ricardo Prestes Pazello, Simone Trento, Thiago Freitas Hansen, Tiago Gagliano Pinto Alberto, Vitor Stegemann Dieter, Washington Pereira da Silva dos Reis, penitenciando-me desde logo se, porventura, injustamente deixei de fazer menção expressa a algum dos amigos(as) desta jornada.

À extraordinária instituição Universidade Federal do Paraná (UFPR), de que tive a honra e o privilégio de integrar o corpo discente, por meio do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Aos Professores Cesar Antonio Serbena e Vera Karam de Chueiri, pelos valiosos ensinamentos sobre as implicações entre Lógica e Direito, sobre Filosofia da Linguagem, Constitucionalismo e Democracia, controle de racionalidade da argumentação jurídica, dentre outros temas, e por permitirem-me integrar os quadros dos Núcleos de Pesquisa sob sua coordenação (Fundamentos do Direito, e Constitucionalismo e Democracia Filosofia e Dogmática, respectivamente).

Ao Professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, por permitir vislumbrar uma nova perspectiva da pesquisa jurídica através do estudo da Linguística e da Psicanálise aplicadas ao Direito, e por sua afabilidade e compreensão em um período muito atribulado de minha vida pessoal.

Ao Professor António Manuel Hespanha, pela excelência dos ensinamentos, pela grandiosidade de sua obra, pela simplicidade no trato, pela atenção dispensada a cada dúvida surgida durante suas aulas, das mais simples às complexas. Merece tudo o que conquistou na pesquisa acadêmica em escala mundial.

Aos Professores Fabrício Ricardo de Limas Tomio, Luiz Guilherme Bittencourt Marinoni e Celso Luiz Ludwig, pelas lições, pela paciência, e pelo constante apreço pela pesquisa acadêmica.

À Professora Katie Silene Cáceres Argüello, minha orientadora, pelas cobranças, pelos elogios, pela paciência, pela disponibilidade, pela vontade de estar sempre pronta a debater este e outros temas de interesse da Criminologia, pelos

ensinamentos, pelas aulas, pelas indicações de leitura, enfim, por tudo. Agradeço pela confiança depositada, e, principalmente, pela amizade construída.

À Professora Antonia Schwinder, pelas orientações e pela sinceridade com que analisou este trabalho.

A Joaquín Sabina, que, apesar de evidentemente não fazer mínima ideia de quem sou, esteve comigo durante boa parte da produção desta dissertação, inspirando-me a todo momento com suas canções e poesias sublimes. “Aves de paso, como pañuelos cura-frascos”...

E, por fim, um último e especial agradecimento à instituição Ministério Público do Estado do Paraná, na pessoa do anterior Procurador-Geral de Justiça, Olympio de Sá Sotto Maior Neto, e na pessoa do atual Procurador-Geral de Justiça, Gilberto Giacóia, os quais não mediram esforços para, junto ao Egrégio Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Paraná, permitir que a este autor fosse deferida autorização para cursar as disciplinas deste Programa de Mestrado, uma vez que, em específico no ano de 2012, desenvolvia minha atividade profissional junto às Promotorias de Justiça de Laranjeiras do Sul/PR, de modo que, então, uma vez pela semana, pudesse deslocar-me a Curitiba para acompanhar as aulas ministradas no Programa de Mestrado.

A tudo e a todos, do fundo d'alma, muito obrigado.

Na época atual, todas essas instituições – fábrica, escola, hospital psiquiátrico, prisão – têm por finalidade não excluir, mas, ao contrário, fixar os indivíduos. A fábrica não exclui os indivíduos; liga-os a um aparelho de produção. A escola não exclui os indivíduos, mesmo fechando-os; ela os fixa a um aparelho de transmissão do saber. O hospital psiquiátrico não exclui os indivíduos; liga-os a um aparelho de correção, a um aparelho de normalização de indivíduos. O mesmo acontece com a casa de correção ou com a prisão. Mesmo se os efeitos dessas instituições são a exclusão do indivíduo, elas têm como finalidade primeira fixar os indivíduos em um aparelho de normalização dos homens. A fábrica, a escola, a prisão ou os hospitais têm por objetivo ligar o indivíduo a um processo de produção, de formação ou de correção dos produtores. Trata-se de garantir a produção ou os produtores em função de uma determinada norma. Pode-se, portanto, opor a reclusão do século XVIII, que exclui os indivíduos do círculo social, à reclusão que aparece no século XIX, que tem por função ligar os indivíduos aos aparelhos de produção, formação, reformatória ou correção de produtores. Trata-se, portanto, de uma inclusão por exclusão. Eis porque oporei a reclusão ao sequestro; a reclusão do século XVIII, que tem por função essencial a exclusão dos marginais ou o reforço da marginalidade, e o sequestro do século XIX que tem por finalidade a inclusão e a normalização.

(Michel Foucault, A verdade e as formas jurídicas, p. 113).

Na rua, nas escadas da Constitución, no metrô, todos os rostos me pareceram familiares. Temi que não restasse uma só coisa capaz de me surpreender, temi que nunca mais me abandonasse a impressão de voltar. Felizmente, ao cabo de algumas noites de insônia, de novo agiu sobre mim o esquecimento.

(Jorge Luis Borges, O Aleph, p. 151).

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto de investigação desenvolver reflexões sobre a instituição total prisão a partir da realidade brasileira e latino-americana, a fim de entender em que bases estão assentados os fundamentos que, supostamente, atribuem-lhe legitimação. Contudo, o foco principal da presente investigação não está estabelecido em pensar e apresentar alguma espécie “oficial” de alternativa ao cárcere, ou mesmo defender, por meio da argumentação, qualquer tipo de postura no âmbito da política criminal, de cariz repressivo ou minimalizante. De outra banda, também não é premissa da presente investigação desenvolver uma arqueologia da história da prisão de modo a descrever como a prisão, inicialmente uma estrutura acessória de contenção para a aplicação de outras formas de castigo, passou a ser a principal resposta punitiva à delinquência no âmbito dos sistemas penais ocidentais, ou ainda descrever analiticamente os diversos modelos penitenciários que foram sendo pensados e implementados no decorrer dos últimos dois séculos. Estabelecidos, então, tais marcos investigativos e a perspectiva em que se assenta o trabalho, busca-se então efetivamente averiguar, a partir do contraste entre o discurso oficial jurídico-penal legitimante do cárcere como forma de castigo e os discursos críticos da instituição prisão, se o fenômeno da contínua reiteração do uso do cárcere encontra explicação no campo estritamente jurídico, ou se, ao contrário, tal justificativa está imbricada em outro campo epistemológico do saber humano, mais precisamente, o político. Feitos este contraste e mediação entre os discursos, procura-se projetar neste trabalho, então, quais os processos e os mecanismos existentes nas próprias relações de poder que, principalmente no fim do século XX e início do século XXI, realocaram o cárcere novamente em uma posição central nos sistemas penais ocidentais, culminando por conduzir à explosão das taxas de encarceramento em todo o mundo ocidental a partir dos anos 90 do século passado, em progressão sensivelmente maior que a taxa demográfica dos países ocidentais. E, por fim, feita essa análise de maneira aprofundada, pretende-se então fixar qual o atual papel histórico da instituição prisão nas sociedades ocidentais, com evidente destaque para as realidades brasileira e latino-americana, bem assim identificar algumas tendências que, desde agora, parecem ser possíveis de vislumbrar quanto ao próprio cárcere e sua (crescente) utilização pelos Estados democráticos que neste trabalho se tomam em conta com especial interesse.

PALAVRAS-CHAVE: Prisão. Mecanismos. Controle. Discursos oficial e críticos. Relações de poder.

ABSTRACT

The present study has the aim of developing investigative reflections on total prison institution from the Brazilian and Latin American reality, in order to understand on what basis are set the foundations that, supposedly, give them legitimacy. However, the main focus of this research is not established in thinking and presenting some kind of "official" alternative to prison, or even to defend by argument, any kind of posture within the criminal policy of repressive or undermining nature. On the other hand, it is not the premise of this research to develop an archeology of the history of the prison in order to describe how the prison, originally an accessory structure of containment for the application of other forms of punishment, became the main punitive response to crime and delinquency within the Western penal systems, or analytically describe the various penitentiary models that have been developed and implemented over the past two centuries. Having established such investigative frameworks and perspective that underpins the work, it is intended to effectively investigate, from the contrast between the criminal legal prison official discourse that legitimizes the imprisonment as a form of punishment and the critical discourses of the prison institution, if the phenomenon of continuous repetition of the use of imprisonment is explained in an strictly legal field, or, on the contrary, if such a justification is embedded in another epistemological field of human knowledge, more precisely, the political field. Having made this contrast between discourses and mediation, it is sought to project onto this work, which processes and mechanisms are there in power relations, especially in the late twentieth century and early twenty-first century. The imprisonment has been relocated again in a central position in Western penal systems, culminating in the explosion of incarceration rates in the western world from the 90s of the last century, progressing in a rather higher rate than the population of Western countries. Finally, having made this analysis in depth, it is intended to establish which is the current historical role of the prison institution in Western societies, with evident emphasis on the Brazilian and Latin American realities, as well as to identify some trends, that from now on, seem possible to glimpse as to the prison itself and its (growing) use by democratic states which are taken into account with special interest by this study.

KEYWORDS: Prison. Mechanisms. Control. Official and critical discourses. Power relations.

SUMÁRIO

RESUMO.....	X
INTRODUÇÃO.....	14
1. DIREITO PENAL, FUNÇÕES DA PENA E A INSTITUIÇÃO PRISÃO.....	19
1.1 TRAJETÓRIA DOS DISCURSOS SOBRE O CASTIGO. TEORIAS E DISCURSO JURÍDICO-PENAL DA PENA CRIMINAL.....	24
1.1.1 TEORIA PENAL ABSOLUTA. RETRIBUCIONISMO.....	25
1.1.1.1 Postulados principais.....	26
1.1.1.2 Crítica às teorias retribucionistas.....	30
1.1.2 TEORIAS PENAS RELATIVAS. PREVENCIÓNISMO.....	33
1.1.2.1 A Prevenção Especial negativa e positiva.....	35
1.1.2.2 A Prevenção Geral negativa e positiva.....	42
1.1.3 TEORIAS MISTAS OU UNIFICADAS.....	51
2. DISCURSOS CRÍTICOS DA PRISÃO. FUNÇÕES LATENTES OU OCULTAS A PARTIR DA PERSPECTIVA DO CÁRCERE.....	53
2.1 O <i>LABELING APPROACH</i> E O ETIQUETAMENTO DO INDIVÍDUO: CONTEXTOS DE CÁRCERE.....	66
2.2 MICHEL FOUCAULT E UMA NOVA TECNOLOGIA DE PODER: O CONTROLE DO CORPO POR MEIO DA INSTITUIÇÃO PRISÃO.....	74
2.3 LEGADO DE KARL MARX E A CRIMINOLOGIA RADICAL: A PENA DE PRISÃO COMO REAFIRMAÇÃO DA IDEOLOGIA (CAPITALISTA) DOMINANTE.....	90
2.4 A TEORIA NEGATIVA OU <i>AGNÓSTICA</i> DA PENA CRIMINAL E DO CÁRCERE.....	102

3. A PRISÃO COMPREENDIDA COMO MECANISMO DE CONTROLE: UMA REFLEXÃO A PARTIR DO CONTRASTE ENTRE O DISCURSO OFICIAL DA PENA CRIMINAL E OS DISCURSOS CRÍTICOS DA PRISÃO. CÁRCERE, SOCIEDADE MODERNA E PÓS-MODERNIDADE.....	110
3.1 CRISE E DESLEGITIMAÇÃO DA FUNÇÃO PREVENTIVA GERAL NEGATIVA SOB A PERSPECTIVA DA PRISÃO.....	131
3.2 CRÍTICA E DESLEGITIMAÇÃO DA FUNÇÃO PREVENTIVA GERAL POSITIVA SOB A PERSPECTIVA DA PRISÃO.....	136
3.3 CRÍTICA E DESLEGITIMAÇÃO DA FUNÇÃO PREVENTIVA ESPECIAL POSITIVA SOB A PERSPECTIVA DA PRISÃO.....	141
3.4 CRÍTICA E DESLEGITIMAÇÃO DA FUNÇÃO PREVENTIVA ESPECIAL NEGATIVA SOB A PERSPECTIVA DA PRISÃO.....	147
3.5 O QUE O <i>CONTRASTE</i> ENTRE O DISCURSO OFICIAL E OS DISCURSOS CRÍTICOS É CAPAZ DE REVELAR?	151
3.6 PRISÃO COMO MECANISMO POLÍTICO DE CONTROLE. PRISÃO E REALIDADE BRASILEIRA	158
3.7 A INSTITUIÇÃO PRISÃO NO SÉCULO XXI REFLETIDA A PARTIR DE NOSSA REALIDADE LOCAL (BRASIL E AMÉRICA LATINA).....	181
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	194
REFERÊNCIAS.....	201

INTRODUÇÃO

A partir de meu ingresso nos quadros do Ministério Público brasileiro (mais especificamente, do Ministério Público do Estado do Paraná), e então com a possibilidade de concreta atuação como ator do Sistema de Justiça Criminal, através do labor diário em ações penais públicas e da análise jurídica dos feitos relativos à execução penal, surgiu o inevitável: o contato direto com a realidade carcerária brasileira, que, embora fosse conhecida, dela tinha (este autor) poucas informações e referências, sendo certo que estas, por força da profissão e do desejo de tentar compreender aquilo que se colocava ao entorno, acabaram por se tornar, desta forma, profundas e verticalizadas.

As inúmeras visitas, fiscalizações, entrevistas com encarcerados, enfim, os diversos contatos com as estruturas carcerárias paranaense e brasileira ao longo destes anos de atuação profissional fizeram com que a cada dia se tornasse mais concreto e presente o já famoso questionamento formulado por Michel Foucault em seu “Vigiar e Punir: história da violência nas prisões”: como é possível uma instituição (no caso, a *prisão-cárcere*) ter seu fracasso reconhecido praticamente desde o seu nascimento, ainda assim resistir por tanto tempo (ao menos duzentos anos) e continuar sendo uma estrutura utilizada de forma recorrente e com rótulo de legitimidade pelo discurso oficial empreendido pelo Estado? A este questionamento, somam-se então alguns outros: neste estágio da sociedade humana, que pode ser chamado de *segundo estágio moderno* (Ulrich Beck) ou *pós-moderno* (Zygmunt Bauman), após duas guerras totais que eclodiram em 1914 e 1939, e, particularmente no que se refere ao direito penal, após todo o discurso crítico construído pela criminologia crítica, pela sociologia e pela filosofia política especialmente durante a segunda metade do século XX, de que forma a instituição *prisão-cárcere* ainda mantém sua utilização e “legitimação”? Baseada em que tipo de discurso isto se dá? Por que este projeto, ao contrário do que se previa no início dos anos 1980, ganhou surpreendente força no século XXI a ponto de todas as nações ocidentais (e, em especial, as americanas) não prescindirem da prisão como fator-chave para o desenvolvimento de seus sistemas penais?

Todavia, à semelhança, por exemplo, do que advertira Thomas Mathiesen em sua obra “Prision on Trial”, não se busca aqui ser especialmente original ao tratar e trabalhar com os diversos argumentos extraídos a partir do discurso oficial a favor da continuidade de utilização do cárcere como principal resposta do sistema penal à prática de infrações penais, reconhecidas, julgadas e condenadas, da mesma forma que não se pretende aqui ser original ao tratar e trabalhar os vários argumentos apresentados pelos discursos críticos da prisão como modo de castigo nas sociedades ocidentais, latino-americanas, brasileira.

Da mesma forma, não é também o objetivo deste trabalho buscar algum tipo de alternativa ao cárcere, novas modalidades de punição que possam substituí-lo, ou determinar quais casos a instituição prisão pode ser utilizada, e quais casos não.

Tampouco se pretende aqui enaltecer algum tipo de postura no âmbito da política criminal, sejam de aspecto repressivo (quaisquer movimentos que realcem um Direito Penal máximo), sejam de aspecto minimalizante (reducionismo penal, abolicionismo, dentre outros).

Outrossim, o propósito aqui não é desenvolver uma arqueologia da história da prisão a fim de descrever como a prisão, inicialmente uma estrutura acessória de contenção para a aplicação de outras formas de castigo, passou a ser a principal resposta punitiva à delinquência no âmbito dos sistemas penais ocidentais, ou ainda descrever analiticamente os diversos modelos penitenciários que foram sendo pensados e implementados no decorrer dos últimos dois séculos.

A proposta desta investigação é, a partir do contraste entre o discurso oficial jurídico-penal legitimante do cárcere como forma de castigo e os discursos críticos (criminológicos, sociológicos e penológicos) da instituição prisão, buscar averiguar se o fenômeno da contínua reiteração do uso do cárcere encontra explicação no campo estritamente jurídico, ou se, ao contrário, tal justificativa está imbricada em outro campo epistemológico do saber humano, mais precisamente, o *político*. Vale dizer, então, que se trata em verdade de responder à grande questão: como se justifica e qual a verdadeira finalidade do cárcere, principalmente tomando-se em conta a realidade brasileira e latino-americana.

Nessa perspectiva, a partir dessa constatação e da real compreensão do fenômeno, pretende-se lançar luzes sobre os *processos e os mecanismos existentes nas próprias relações de poder* que, principalmente no fim do século XX e início do século XXI, realocaram o cárcere novamente em uma posição central nos sistemas penais ocidentais (orientados agora para uma política de controle social à maneira de uma autêntica *cultura*, como demonstra David Garland), acabando por conduzir à explosão das taxas de encarceramento em todo o mundo ocidental a partir dos anos 90 do século passado, em progressão sensivelmente maior que a taxa demográfica dos países ocidentais.

A centralidade do cárcere no enfrentamento de questões penais e não penais em toda e qualquer sociedade ocidental, o recrudescimento do tratamento dispensado àqueles que, por diversos fatores, estão alijados dos processos de consumo desta sociedade pós-moderna em que *consumir é viver*, o aumento exponencial das taxas de encarceramento em especial nos últimos vinte anos, entre outros fatores, permitem apreender, sobretudo ao se perceber como os *mecanismos* operam no exercício das relações de poder soberano ou microfísico tão refinadamente revelados por Michel Foucault, que há algo além do discurso oficial estatal, ou das explicações ao fenômeno transmitidas nos bancos e cátedras universitários (brasileiros, mas, crê-se, não somente neles). Há sem dúvida um *saber*, mas um saber que não se revela desde o seu lugar, um saber que precisa ser desvendado, relevado, publicizado. Com efeito, o manejo de pesquisas teóricas e empíricas sérias tem o condão de revelar que o fundamento do cárcere certamente não pode estar na esfera jurídico-penal, mas sim no *campo político*, a desempenhar função de **neutralização seletiva de indivíduos e grupos sociais inteiros que se revelem perigosos para o corpo social tomado em sua acepção sistêmica ou para a ordem pública (reputados inimigos)**, justamente a partir do cárcere, que, ao contrário da pena de morte, dos suplícios ou dos apenamentos degradantes, é, no âmbito dos Estados Democráticos de Direito da atualidade, uma medida considerada “indispensável” por ser reconhecida como *civilizada e constitucional*.

Observar e analisar o processo histórico de manutenção, de atribuição de legitimidade através de um discurso jurídico-penal oficial, e de reinserção desta

instituição total como fator imprescindível de todo e qualquer sistema penal ocidental, possibilitam compreender todo este quadro como um *dado* construído através de diversas subjetividades que, por sua vez, permitem entender que, nestes duzentos anos, a prisão não teve evolução histórica linear conduzida, a partir dos ideais iluministas, sob o signo do “humanismo”. Definitivamente, assim não se deu.

Os objetivos deste trabalho, assim, consistem (também) em identificar as diversas subjetividades e saberes que influenciaram decisivamente a história do cárcere para, então, compreender os processos e os mecanismos que o sustentam, o mantêm e o reproduzem com uma renovada carga (falsa) de “legitimidade”, especialmente no Brasil e na América Latina, foco maior de atenção das consequências da opção política de recrudescimento do uso do cárcere desde o início dos anos 1990. A inspiração para esta específica linha do trabalho não poderia ser outra: “A Verdade e as Formas Jurídicas”, de Michel Foucault.

Então, com o fim de realizar o objetivo aqui proposto, o trabalho restou dividido em três capítulos.

No primeiro capítulo, inicia-se o exame da trajetória dos discursos sobre o castigo, abordando-se as teorias que constituem o discurso jurídico-penal oficial da pena criminal, em especial a teoria penal absoluta fulcrada no retribucionismo e as teorias penais relativas fulcradas no prevencionismo, além de uma breve inserção sobre o resultado da construção de teorias jurídico-penais mistas ou unificadas.

No segundo capítulo, pretende-se discutir os discursos críticos produzidos pela Criminologia crítica, pela Sociologia e pela Filosofia Política em relação à pena, de modo a identificar quais suas reais funções, ou suas funções latentes/ocultas, tendo sempre como foco principal (e único) a instituição prisão, permitindo visualizar os discursos críticos em e sob a perspectiva da prisão-cárcere. Dentro dos diversos discursos críticos confeccionados sobretudo na segunda metade do século XX, fez-se a opção por tratar de maneira verticalizada quatro deles: o *Labeling Approach* e as teorias do etiquetamento inseridas nos contextos do cárcere, a teoria de Michel Foucault e uma nova tecnologia do corpo mediante o controle do corpo pela instituição prisão, o viés marxiano e a criminologia radical, pensada a prisão como reafirmação da ideologia

(capitalista) dominante, e, por fim, os postulados da teoria agnóstica ou negativa da pena criminal.

No terceiro capítulo, então, por meio do contraste entre o discurso jurídico-penal oficial e os discursos críticos, objetiva-se determinar exatamente qual a real função da prisão a partir da *realidade local* (brasileira e latino-americana), quais os processos que permitiram continuasse sendo a prisão uma “opção válida” para o discurso oficial do Estado nesta “região marginal do mundo”, e quais os mecanismos que a mantêm, sobretudo através de um exame mais acurado da realidade brasileira, mas com a atenção também voltada, como não poderia deixar de ser, para a realidade das demais sociedades americanas e ocidentais. Outrossim, ao se concluir qual o atual papel histórico da instituição prisão nas sociedades ocidentais, com evidente destaque para as realidades brasileira e latino-americana, procura-se ainda identificar algumas tendências que, desde agora, parecem ser possíveis de vislumbrar quanto ao próprio cárcere e sua (crescente) utilização pelos Estados democráticos que neste trabalho se tomam em conta com especial interesse.

O produto da investigação levada a efeito durante o curso de Mestrado do PPGD-UFPR, de que resulta o presente trabalho, deriva em grande medida da crença de que o verdadeiro pensar não está na identificação de respostas certas a perguntas já prontas. Como combater e derrotar a criminalidade, o que colocar no lugar da prisão, como garantir a segurança pública, são questões que, em si, já tornam obtusas e limitadas as possíveis respostas. Talvez as perguntas devam ser mudadas, os questionamentos devam mirar outros entes, para, então, alcançar respostas que realmente importam, sobretudo sob o ponto de vista filosófico. Com efeito, há o risco de que seja dito o óbvio em muitos dos pontos alvo de investigação neste trabalho. Todavia, e desde já antecipando a crítica, pode ser que aqui se trate daquele tipo específico de situação em que *o óbvio precisa ser dito, e compartilhado*.

1. DIREITO PENAL, FUNÇÕES DA PENA E A INSTITUIÇÃO PRISÃO

Rigorosamente impossível desenvolver abordagem sobre a instituição prisão sem promover a investigação das teorias que dão legitimidade à pena criminal. Embora, por certo, não seja objetivo central deste trabalho questionar os fundamentos da pena criminal, o poder punitivo e, em última análise, a legitimidade dos sistemas penais (tomados de forma ampla e geral), não se faz viável analisar cientificamente o cárcere alijando-se o exame dos argumentos teóricos que, via de consequência, acabam permitindo o envio de pessoas para dentro dos quadros das instituições carcerárias.

Compreender o discurso com pretensão de legitimidade, então, é o primeiro passo para apreender qual a real função desempenhada pela instituição prisão na sociedade contemporânea.

Até o surgimento da lei como limite de imposição ao soberano, não havia ou, quando muito, era extremamente reduzida a necessidade de justificação discursiva dos castigos. Isso porque, em geral, o soberano era a personificação do Deus (como na antiguidade) ou representava a expressão da vontade do Deus ou, quando menos, dos governados, por razões de justiça previamente dadas e inquestionáveis (primeiras formulações do direito natural). Desse modo, as punições encontravam uma justificação previamente dada na pessoa de quem as impunha, sem necessidade de maiores considerações. A partir do momento que surgiu a imposição de uma vontade legítima que condicionou a própria atividade soberana punitiva, apareceu concomitantemente a necessidade de apresentação de uma justificação convincente para o castigo¹.

Já aqui, um parêntesis se faz imprescindível. Ao tratar de pós-modernidade e era moderna, como forma de situar a questão do cárcere na contemporaneidade, certos esclarecimentos sobre o “confronto” entre o pós-modernismo e o modernismo (estabelecido a partir do legado do Iluminismo) tornam-se prementes, de modo a deixar claros em quais contextos será trabalhado o objeto deste estudo. Como explica, de maneira irreparável, António Manuel Hespanha², o pós-modernismo simboliza, em um plano geral, uma *reação* contra as tendências da modernidade iluminista que tinha por base a crença em valores certos e universais, sustentados pelo racionalismo científico

¹ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 744.

² HESPANHA, Antonio Manoel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 560-561.

(conhecimento racional e empírico). Francis Bacon, René Descartes e John Locke personificam o pensamento moderno que caracterizará a sociedade humana (especialmente a ocidental) até o começo do último quarto do século XX, em específico por conta do naturalismo filosófico em contraposição às crenças metafísicas religiosas, da profunda confiança na razão e, também, do relevo do individualismo ante a paradigma feudal, a partir do qual, então, em superação ao mercantilismo, desenvolver-se-á no campo econômico o capitalismo.

Ainda segundo Hespanha, a reação pós-modernista dirige-se contra todas as características informadoras do modernismo, e que, por consequência, informam também o direito: surge em oposição à ideia de que a sociedade somente pode se estabelecer a partir dos pressupostos da racionalidade, objetividade, generalidade, universalidade e abstração. Com Nietzsche, inicialmente, e mais tarde com Foucault, a mudança terá como seu fundamento um *relativismo radical*, seja em relação à racionalidade, seja em relação à verdade, à validade do conhecimento, aos valores. O pós-modernismo, então, que construirá a era e a sociedade pós-modernas, caracterizar-se-á pelo antirrealismo, pelo subjetivismo sociolinguístico crítico do objetivismo, pela negação da verdade e da razão, pelo pragmatismo (sobretudo o jurídico), e pelo igualitarismo em oposição à igualdade formal do modernismo.

A reação pós-modernista dirige-se contra tudo isto. Ao geral opõe o particular; ao gigantismo do 'grande' opõe a beleza do 'pequeno' (*small is beautiful*); à eficácia da perspectiva macro opõe a delicada sutileza da perspectiva micro; ao sistema opõe o 'caso'; ao ativismo projetual opõe a indolência contemplativa; à heterorregulação, a autorregulação; ao funcional opõe o lúdico; ao objetivo opõe o subjetivo; à 'verdade' opõe a 'política' (o 'testemunho', o 'compromisso')³.

Contudo, talvez o aspecto mais importante para a investigação em mesa, na oposição entre pós-modernismo e modernismo, seja o relacionado ao campo político. Com efeito, diversos autores pós-modernos sustentam que a compreensão do embate de argumentos em torno de um determinado litígio ou conflito de interesses, ante a perda de sentido filosófico da razão e da verdade, deve passar pelo entendimento de que se trata, na verdade, de uma disputa no exercício de uma relação de poder, e que, em nome da razão e da verdade, os mais poderosos conseguiram subjugar os demais

³ HESPANHA, *op. cit.*, p. 560.

mediante a dominação, a violência e a destruição. Em última análise, trata-se de se compreender como o poder se desenvolve pelo exercício de suas relações. Não à toa, Michel Foucault constrói a interligação entre *prisão* e *poder*, ao apontar que a prisão é o único lugar onde o poder se manifesta em sua forma mais pura, mais extrema; no cárcere, o poder, segundo Foucault, não se esconde ou dissimula, e sim se revela como a busca da tirania e da máxima opressão nos mais microfísicos detalhes. Esta interligação, conforme se verá à frente, será essencial para alcançar o real objetivo desta investigação⁴.

Voltemos, todavia, à investigação.

A construção de um estudo sobre a legitimidade do discurso da fundamentação da prisão, como resposta às condutas tidas como *reprováveis* não mais pelo soberano, mas agora por um agrupamento mais ou menos organizado de seres humanos vivendo em sociedade baseados sob a forma do “contratualismo” (Contrato Social), deve visar a sua sustentação filosófica na *racionalidade* ou no Direito natural racionalista, alterando de forma radical a própria interpretação do tema e partindo-se em busca de argumentos racionais (e não mais metafísicos) para justificar o comando de reprimir uma certa conduta reprovável. Com efeito, “o estudo da pena obriga, pois, a acompanhar a evolução histórica do modelo discursivo relativo às razões de castigar, estudo este que comumente recebe o nome de *teorias da pena*”⁵.

Com a Idade Moderna, e o surgimento das ideias iluministas e do contrato social, influenciado ainda por diversos outros fatores que serão aqui também abordados, surge também o fenômeno do cárcere não mais como acessório das penas até então tidas como principais (penas públicas de morte e suplício, mutilações graves, exílio, desterro etc.), mas agora sim como uma espécie de resposta final (depois convertida em *resposta principal*) do poder punitivo aos comportamentos oficialmente reputados como reprováveis⁶. Decorridos mais de três séculos, desde a consolidação

⁴ Para um estudo verticalizado sobre o pós-modernismo, necessário acessar, dentre outras, as seguintes obras: Jean-François Lyotard, *A condição pós-moderna*; Stephen R. C. Hicks, *Explicando o pós-modernismo*; Richard Rorty, *Contingency, Irony and Solidarity*; Jacques Derrida, *Writing and Difference*.

⁵ BUSATO, *op. cit.*, p. 745, grifos do autor.

⁶ MELOSSI, Dario. PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan e ICC, 2006, p. 39: Vale destacar: “É na Holanda da primeira metade do século XVII que a nova instituição da *casa de trabalho* atinge, no período das origens do capitalismo, a sua forma mais desenvolvida. A criação desta nova e

das casas de correção, o cárcere transforma sua condição ontológica de prisão-custódia para *prisão-pena*, assumindo definitivamente a posição de principal resposta oficial dos aparelhos e instrumentos de controle social manejados pelas classes política e economicamente dominantes dentro de um aparato oficial (Estado) agora já influenciado pelos postulados republicanos.

Georg Rusche e Otto Kirchheimer, ao chamar a atenção para a circunstância de que o surgimento de grandes setores urbanos deflagrou uma crescente e aparentemente infreável busca por bens de consumo, assinalam que a essência das “casas de correção” que surgem no século XV especialmente na Inglaterra e na Holanda era “uma combinação de princípios das casas de assistência aos pobres (*poorhouse*), oficinas de trabalho (*workhouse*) e instituições penais”, tendo como “objetivo principal transformar a força de trabalho dos indesejáveis, tornando-a socialmente útil”⁷.

Dario Melossi e Maximo Pavarini sintetizam com precisão o germe dessa transformação histórica de efeitos tão sensíveis e (por que não?) duradouros para o direito penal:

*Assegurar a supressão de um sem número de impulsos e de disposições produtivas para valorizar apenas aquela parte infinitesimal do indivíduo que é útil ao processo de trabalho capitalista é a função confiada pelos bons burgueses capitalistas do século XVII à casa de trabalho. Essa função será mais tarde atribuída à instituição carcerária. O lugar onde o empobrecimento conjunto do indivíduo tem lugar é a manufatura e a fábrica, mas a preparação, o *adestramento*, é garantido por uma estreita rede de instituições *subalternas* à fábrica, cujas características modernas fundamentais estão sendo construídas exatamente neste momento: a família mononuclear, a escola, o cárcere, o hospital, mais tarde, o quartel, o manicômio. Elas garantirão a produção, a educação e a reprodução da força de trabalho de que o capital necessita. Frente a isso, se erguerá a resistência, inicialmente espontânea, inconsciente, *criminosa*, e depois cada vez mais organizada, consciente, *política*, que o*

original modalidade de segregação punitiva responde mais a uma exigência conexas ao desenvolvimento geral da sociedade capitalista do que à genialidade individual de algum reformador – como frequentemente uma história jurídica entendida como história das ideias ou ‘história do espírito’ tenta convencer-nos. Isso fica evidente do fato de que, ao que parece, nenhuma influência *direta* foi passada das experiências inglesas anteriores (*bridwells*) para as holandesas do século XVII. A criação holandesa do *Tuchthuis* corresponde ao mais alto grau de desenvolvimento atingido pelo capitalismo neste período” (p. 39).

⁷ RUSCHE, Georg. KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**. 2ª ed. Tradução de Gizlene Neder. Rio de Janeiro, Revan: 2004, p. 69.

proletariado saberá opor, na fábrica e no interior de todas as diversas instituições mencionadas⁸.

Essa evolução daquilo que hoje se denomina *funções da pena*, especificamente, toma como recorte a transformação do Estado e da própria sociedade civil.

Com efeito, dentro do estudo da institucionalização do cárcere como *resposta final*, imprescindível dirigir a perspectiva sobretudo para o século XVI, com o surgimento do Estado Liberal burguês, passando pelo Estado Social e atingindo o Estado Democrático de Direito do século XX. Por seu turno, dentro desse recorte histórico, a sociedade civil que se organiza deixa de ser feudal pré-capitalista, passando a ser capitalista, moderna, e, por fim, sociedade pós-moderna dos fins do século XX e do início do século XXI. Sem se esquecer, por óbvio, da posição central que o corpo humano do indivíduo continua a ostentar dentro agora de uma sociedade punitiva que mira o corpo sob o viés foucaultiano de relação de poder, seja tomando-se o supracitado argumento de combustível para o capital, seja ainda (por amor ao argumento) por motivações de base racionalista e humanista⁹.

Por ora, não se pretende aprofundar em demasia o tema.

Como a investigação se concentra sobre a temática da *prisão*, as reflexões que aqui serão desenvolvidas partirão especialmente sobre a compreensão do cárcere como forma de castigo. Contudo, de certa maneira, e ainda que não seja o propósito deste trabalho estudar exatamente o poder punitivo do Estado nas sociedades contemporâneas do Ocidente, por vezes serão imprescindíveis aproximações entre a

⁸ MELOSSI; PAVARINI, *op. cit.*, p. 47-48.

⁹ “Mas o corpo também está diretamente mergulhado num campo político; as relações de poder têm alcance imediato sobre ele; elas o investem, o marcam, o dirigem, o suplicam, sujeitam-no a trabalhos, obrigam-o a cerimônias, exigem-lhe sinais (...). Quer dizer que pode haver um “saber” do corpo que não é exatamente a ciência de seu funcionamento, e um controle de suas forças que é mais que a capacidade de vencê-las: esse saber e esse controle constituem o que se poderia chamar a tecnologia política do corpo. Essa tecnologia é difusa, claro, raramente formulada em discursos contínuos e sistemáticos; compõe-se muitas vezes de peças ou de pedaços; utiliza um material e processos sem relação entre si. O mais das vezes, apesar da coerência de seus resultados, ela não passa de uma instrumentalização multiforme. Além disso seria impossível localizá-la, quer num tipo definido de instituição, quer num aparelho de Estado. Estes recorrem a ela; utilizam-na, valorizam-na ou impõem algumas de suas maneiras de agir. Mas ela mesma, em seus mecanismos e efeitos, se situa num nível completamente diferente. Trata-se de alguma maneira de uma microfísica do poder posta em jogo pelos aparelhos e instituições, mas cujo campo de validade se coloca de algum modo entre esses grandes funcionamentos e os próprios corpos com sua materialidade e suas forças”. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. 37ª ed. Tradução de Raquel Ramalhe. São Paulo: Vozes, 2009, p. 28-29.

instituição prisão e o conceito de castigo em geral, como forma de compreender a utilização do objeto deste estudo, vale dizer, o cárcere.

1.1 TRAJETÓRIA DOS DISCURSOS SOBRE O CASTIGO. TEORIAS E DISCURSO JURÍDICO-PENAL DA PENA CRIMINAL

O início da Idade Moderna, com a sedimentação do cárcere como *pena* (especialmente a partir do Século XVIII) inserido dentro agora de um Estado Liberal burguês informado pelas ideias da Ilustração (a partir do lema *liberte, égalité, fraternité*) e de uma sociedade que inicia seu processo de câmbio do feudalismo para o capitalismo (ainda *pré-moderna*), carregou as bases do que viria a ser conhecido como Direito penal clássico, “predominantemente como meio de garantia das liberdades burguesas contra a arbitrária justiça feudal”¹⁰.

Contudo, essa característica de certa limitação do Direito Penal não é o fator mais importante neste momento do recorte histórico.

Há aqui uma clara mudança de paradigma, que se revela fundamental.

O aparato oficial (Estado) sai de um período *absolutista*, de expressão metafísico-divina da vontade do Príncipe em punir¹¹ e que fulcrava sua justificação filosófica em um Direito natural decorrente do exercício da divindade na Terra pelo soberano (sobretudo quanto aos castigos aos súditos), e transmuda-se agora para um Estado informado por postulados liberais a partir do Iluminismo, em que ganha força a racionalidade e, então, passa a ser premente também uma justificação filosófica racional para o castigo. Busato, por exemplo, diz que “o trânsito do Estado absoluto ao Estado Liberal, por consequência do predomínio da Filosofia Idealista (razão humana e contrato social), modificou as concepções de Estado, indivíduo e sociedade”¹². Juan Bustos Ramirez e Hormazabal Malarée, de outra banda, apontam que a pesquisa sobre

¹⁰ ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia: uma fundamentação para o direito penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. 2.

¹¹ “Fazer morrer ou deixar viver”. FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 287.

¹² BUSATO, *op. cit.*, p. 745.

a pena e suas funções não pode prescindir da análise do modelo social e econômico, menos ainda do tipo de Estado em que está inserido o sistema sancionador¹³.

Porém, claro, há como mencionado alhures, um processo de transição, do Estado absolutista para o Estado liberal. O absolutismo permanece manifestando influência nos temas penais, e a pena como retribuição da culpabilidade¹⁴ demonstra tal característica. Não se pode colocar à margem, portanto, os referenciais do direito penal liberal clássico para o adequado alcance desta abordagem.

Thomas Mathiensen assevera que, na teoria penal clássica, os propósitos do castigo se dividem tradicionalmente em dois grupos principais: a prevenção e a retribuição. Assim, segundo as teorias da prevenção baseadas na “defesa social”, o castigo não tem valor em si ou por si mesmo, senão somente como um meio para proteger a sociedade contra o delito, apresentando todas as variantes prevencionistas a finalidade comum da proteção social contra o delito. Aduz, outrossim, que tais teorias também são denominadas “teorias penais relativas”, em virtude de que o castigo, pensado a partir desta perspectiva, somente tem valor em relação com a finalidade de defesa social. Por seu turno, segundo as teorias da retribuição, o propósito do castigo é antes de mais nada satisfazer os reclamos de justiça, ou seja, o mal causado pelo crime perpetrado deve ser retribuído com um outro mal, este oficial, a fim de que a justiça seja mantida por seu valor em si mesma, visto que que, sucumbindo a justiça, restará comprometida a própria existência do homem como ser social. Como o castigo, visto dessa perspectiva, supostamente tem valor em si mesmo, as teorias retribucionista são também denominadas “teorias penais absolutas”¹⁵.

1.1.1 TEORIA PENAL ABSOLUTA. RETRIBUCIONISMO.

¹³ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. HORMAZABAL MALARRE, Hernán. **Pena e estado. Bases críticas de um nuevo derecho penal**. Bogotá: Temis, 1982, p. 114.

¹⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal – Parte Geral**. 4ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 421.

¹⁵ MATHIESEN, Thomas. **Juicio a la Prision: una evaluación crítica**. Tradução de Mario Coriolano y Amanda Zamuner. Buenos Aires: Ediar, 2003, p. 56-57.

1.1.1.1 Postulados principais

A pena como retribuição, filosoficamente, não tem preocupação com nenhuma finalidade. Ela (pena) não se dirige para qualquer tipo de fim. A pena é concebida como um fim em si mesma, vale dizer, como castigo, reação, reparação, ou, em uma palavra, *retribuição do crime*¹⁶. Serve exclusivamente à expiação, à retribuição do fato, à própria compensação da culpa para atender a um postulado de “justiça” (ainda presente forte carga metafísica) visando restabelecer a ordem jurídica perturbada. Melhor ainda, a pena é a necessidade de restaurar a ordem jurídica interrompida¹⁷. Segundo Juarez Cirino dos Santos, “a pena como *retribuição* do crime representa a imposição de um mal *justo* contra o mal *injusto* do crime, necessário para realizar justiça ou restabelecer o direito”¹⁸.

A ausência de busca de uma finalidade para a pena (agora, *prisão-pena*) norteia-se, sobremaneira, pela convicção, baseada em razões utilitaristas¹⁹, de em certa medida resguardar proteção à ordem oficial e ao agrupamento social que começava a ganhar forma jurídica impingindo ao agente da conduta reprovável um sofrimento equivalente àquilo por ele injustamente produzido e contrário aos interesses da sociedade²⁰, e, portanto, a pena sob um viés “absolutista” (advindo da teoria absoluta) seria uma exigência absoluta de justiça contra o mal injustamente e injustificadamente causado.

Após período de baixa aceitação com o início do desenvolvimento das ideias do Iluminismo (de onde também retira, em parte, certa legitimação), o retribucionismo ressurge com força no século XIX a partir de duas versões laicas e, por seu turno, comprometidas com valores metafísicos: a tese de origem kantiana em que se

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2ª ed. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 236.

¹⁷ BUSTOS RAMÍREZ; HORMAZABAL MALARRÉ, *op. cit.*, p. 120.

¹⁸ CIRINO DOS SANTOS, 2010, *op. cit.*, p. 421, grifos do autor.

¹⁹ PUIG, Santiago Mir. **Funcion de la Pena y Teoria del Delito en el Estado Social y Democratico de Derecho**. 2ª ed. Barcelona: Bosch, 1982, p. 25-26.

²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 115.

compreende a sanção ou castigo como retribuição ética fulcrada no valor moral da lei penal violada pelo delinquente, e a tese de base hegeliana, do qual se extrai que a pena é uma retribuição jurídica que se justifica ante a necessidade de se reconstruir e restaurar por meio de uma violência o universo do direito lesado por uma violência anterior praticada pelo indivíduo, como forma, assim, de restabelecer o ordenamento legal violado²¹.

A concepção retributiva da pena, a despeito das inúmeras críticas recebidas e do seu quase descarte pelos atuais estudiosos do tema em plano mundial no que diz respeito aos fundamentos do castigo, representa um momento-chave para o direito penal da era moderna: passa-se a considerar a retribuição ao mal causado não mais fundamentada na vontade do soberano, mas como resultado da escolha feita pela sociedade por meio de seus representantes e afirmada por normas gerais (definidas por um corpo legislativo), ainda que em busca do alcance da *justiça*, e visualiza-se a responsabilidade penal baseada no livre-arbítrio do ser humano. Nesta perspectiva, a pena “deveria ser necessária e limitada pela culpabilidade e considerada como um ideal de justiça”²². Dessa forma, a pena passa então a impor-se autenticamente (já que agora com lastro de legitimação democrática) como “uma barreira ao poder de intervenção estatal, uma vez que a pena nunca pode ser mais severa do que o correspondente à culpa do agente”²³.

Immanuel Kant e Georg Wilhelm Friedrich Hegel, nesta medida, são considerados, além de baluartes do idealismo alemão, os principais teóricos da ideia retributivista da pena²⁴.

²¹ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 237.

²² BUSATO, *op. cit.*, p. 751.

²³ ROXIN, Claus. ARZT, Gunther. TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Coordenação de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 9.

²⁴ “Precisamente, foram dois dos máximos expoentes da filosofia liberal, KANT e HEGEL, quem talvez da forma mais pura e extrema defenderam uma concepção *absolutista* da pena como exigência absoluta da justiça. Ainda que suas formulações difiram tanto como seus sistemas filosóficos, ambos pensadores limitam a função da pena à pura realização da justiça como base à sua concepção liberal de mundo. Em razão disso me limitarei a recordar que para Kant a pena não podia servir à proteção da sociedade e nem, portanto, à prevenção de delitos, porque isso faria supor que se castiga o delinquente em benefício da sociedade, o que encerraria uma instrumentalização inadmissível do indivíduo, concebido como ‘fim em si mesmo’; e que segundo Hegel somente a pena justa trata o homem como um ser ‘racional’ e não como se fora um animal, até o ponto de que aquela pena se converte em um ‘direito’ para o delinquente

KANT (1724-1804) define a justiça retributiva como *lei inviolável*, um *imperativo categórico* pelo qual *todo aquele que mata deve morrer*, para que cada um receba o valor de seu fato e a culpa do sangue não recaia sobre o povo que não puniu seus culpados; HEGEL (1770-1831) define crime como *negação do direito* e pena como *negação do crime* – portanto, como *reafirmação do direito* – e considera a justiça retributiva a única digna do ser humano: criticou a teoria da *coação psicológica* de FEUERBACH (1775-1833) porque não tratava o homem como *ser dotado de honra e liberdade*, mas como um cão ameaçado com um bastão²⁵.

Kant, a partir de um conteúdo marcadamente ético expressado por meio de *imperativos categóricos*, sustenta a possibilidade de uma coerção recíproca universal em caso de violação do direito, consoante a liberdade de cada um diante de leis tidas também como universais de caráter moral. A partir dessa perspectiva, portanto, a pena então seria um fim em si mesma, quer dizer, não significaria qualquer outra finalidade além da própria retribuição ao mal praticado e da efetiva realização da justiça²⁶.

Para Kant, portanto, caso fosse a pena considerada uma simples via para alcançar um fim ou um bem para o próprio indivíduo ou para a sociedade, então “o indivíduo estaria sendo um instrumento para a consecução de tais fins, e, portanto, se lhe trataria como um simples objeto”²⁷, negando uma de suas ideias principais de que o ser humano é sempre o fim último, jamais um meio para o alcance de qualquer finalidade e, então, insuscetível de qualquer instrumentalização. Em Kant, o castigo àquele que viola a regra justifica-se unicamente pela própria razão de haver violado a regra, sem qualquer discussão sobre o fim útil da pena para o agente que delinuiu ou para a sociedade que se considera vilipendiada.

Por seu turno, Hegel, forte com seu método dialético, vislumbra a conduta reprovável qualificada como *crime* como uma *negação do próprio direito*. Nessa linha, a pena então seria uma *negação da negação do direito*, ou, em outras palavras, a *reafirmação do direito*.

(...)”. PUIG, Santiago Mir. **Funcion de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho**. 2ª ed. Barcelona: Bosch, 1982, pp. 26-27.

²⁵ CIRINO DOS SANTOS, 2010, *op. cit.*, p. 472.

²⁶ KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes – Parte 1: princípios metafísicos da doutrina do direito**. Tradução de Artur Morao. Lisboa: Edições 70, 2004, p. 167.

²⁷ BUSATO, *op. cit.*, p. 752.

Como dito, a idealismo alemão expressado no direito penal com Kant e Hegel alcançou, por um período histórico, enorme relevância, reconhecida e respeitada até a atualidade.

Rusche e Kirchheimer, por exemplo, com precisão apontam que as teorias de Kant e Hegel de cunho absoluto sobre a resposta à violação da norma por uma conduta tida socialmente como reprovável e delinquente, proporcionaram um fundamento filosófico melhor acabado do que a justificação advinda de teorias penais utilitaristas aferradas ainda a um Estado absolutista não preocupado com a racionalidade, visto que preso ao “dogma” de que bastava a vontade do soberano (representante do Deus) para se aperfeiçoar, ou não, o castigo perante um determinado comportamento. Em reforço ao ponto, explicitam que a filosofia idealista do direito penal introduziu bases científicas para o retribucionismo praticado até aquele momento histórico sem qualquer atenção com a racionalidade²⁸.

Outros doutrinadores, agora já mais ligados ao direito penal, também sustentaram teses absolutas-retributivas para a prisão-pena.

Francesco Carrara, por meio de seu Programa de direito criminal, também sustenta que a pena não tem outra finalidade que não a sua própria aplicação sob um viés da retribuição do mal praticado, de modo a buscar o restabelecimento da ordem externa da sociedade.

Karl Binding salienta, por seu turno, que a finalidade da pena é realmente a retribuição de um mal causado com outro mal, embora saliente que o mal causado pelo Estado contra o indivíduo não pode ser comparado e mantido em equiparação com o mal causado pelo indivíduo contra o corpo social, uma vez que o Estado atua no exercício regular de proteção e reparação do direito.

²⁸ RUSCHE; KIRCHHEIMER, *op. cit.*, p. 143. E, ainda, prescrevem: “Removendo todos os elementos subjetivos da relação legal entre o ato criminoso particular e a regra geral do direito penal para ser aplicado ao caso particular, o idealismo prepara, na prática, o caminho para a concepção liberal do direito penal. A principal demanda da burguesia em relação ao direito penal, a formulação de parâmetros precisos calculáveis de conduta, é preenchida no programa idealista, que está baseado, de um lado, na legalidade a todo custo, e, de outro, em retribuições, nada mais que retribuições. A correlação automática entre culpa e punição e a rígida exclusão de todos os elementos teleológicos orientaram o direito penal para uma definição exata de todas as relações legais. A doutrina de Feuerbach, o principal teórico do direito penal do início do século XIX, é uma combinação de concepções utilitaristas com as ideias de Kant. As penas são previstas visando a deter futuros criminosos, mas, uma vez que o crime foi cometido, a punição não tem mais qualquer valor utilitário, e é concebida como uma consequência automática da transgressão” (p. 143).

Já para Hans Welzel, de acordo com Paulo César Busato, “não há mais finalidade na pena que a de identificar-se com uma *retribuição justa* ao valor dos atos praticados”²⁹, restando também presente em Welzel a justificação de uma responsabilidade penal fulcrada no livre-arbítrio e na culpabilidade do indivíduo.

A pena então, agora, assenta-se na racionalidade, inserida em um Estado que deixa de ser absolutista e passa a ser liberal, afirmada no livre-arbítrio e na liberdade individual, com as quais passa a estabelecer a própria proporcionalidade da resposta ao mal causado pelo indivíduo e, também, a culpabilidade individual, passando a ser a liberdade do indivíduo, tomada sob um paradigma da racionalidade, o próprio fundamento da pena.

1.1.1.2 Crítica às teorias retribucionistas

A função meramente retribucionista da pena, a despeito de sua relevância para a construção de um discurso racional da aplicação da pena e do próprio direito penal, passou a encontrar fortíssima resistência e sofrer com críticas muito duras e importantes, perdendo quase que totalmente sua relevância filosófica a partir especificamente da segunda metade do século XX, encontrando em Claus Roxin e Jesús Maria Silva Sanchés, além dos estudiosos da criminologia crítica (com destaque especial aqui para Juarez Cirino dos Santos e Eugenio Raúl Zaffaroni), ferrenhos opositores dessa linha doutrinária.

Claus Roxin, ao asseverar que o fundamento do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, condena definitivamente qualquer tipo de pena que descarte qualquer finalidade social, uma vez que o compromisso do direito penal é com a proteção de bens jurídicos, e não com eventual realização de justiça, presa a um conceito metafísico que não pode se sustentar em um discurso que preza pela racionalidade. Portanto, de acordo com o autor alemão, resta sem resposta a problemática acerca de sob qual fundamento a culpa humana, em seu fim, permite que o Estado castigue aquele que

²⁹ BUSATO, *op. cit.*, p. 754, grifos do autor.

realizou uma conduta reprovável, prendendo-se o Estado, destarte, em um parâmetro de vingança, algo inadmissível em termos de discurso oficial. Ademais, sustenta Roxin, “que a teoria retributiva fracassa diante da função de traçar um limite *em relação ao conteúdo* do poder estatal”, e, outrossim, deixa sem resposta questionamentos sobre a fundamentação da retribuição pela justiça sustentado em um paradigma do livre-arbítrio do sujeito, dado este também metafísico e, portanto, indemonstrável empírica e racionalmente³⁰.

No entanto, a essa vantagem contrapõem-se duas desvantagens importantes da teoria da retribuição. Em primeiro lugar, ela exige, em nome da ideia de uma justiça – que, sobre a Terra, apenas pode ser concretizada de modo insuficiente –, uma pena correspondente à culpa mesmo nas situações em que, no caso concreto, a punição não é necessária para preservação da paz social, apresentando até mesmo efeitos socialmente nocivos, o que contraria a função do Direito Penal, que se limita à proteção de bens jurídicos. Em segundo lugar, a ideia de retribuição não transmite ao agente uma vida livre de pena no futuro, apenas conduz ao ressentimento e à insensibilização, favorecendo, portanto, a reincidência ao invés de preveni-la. Também nesse sentido, a abordagem puramente ideal, metafísica da teoria da retribuição contraria a função social da pena³¹.

Jesús Maria Silva Sanchés assinala que se vive, desde a despedida de Kant e Hegel, a impossibilidade de fixação de uma busca a um resultado metafísico (ideal de justiça absoluta) para legitimar a aplicação da pena, em razão de que tal postura filosófica não se adequaria aos postulados do moderno Estado Liberal.

Essas considerações denotam, no ponto, a influência da Ilustração sobre o exame do castigo.

Não mais se sustenta, como pensado no Estado absolutista, a resposta ao comportamento tido como delinquente por meio das ideias de justiça e livre arbítrio/liberdade, uma vez que surge neste momento histórico (Ilustração) a necessidade de justificação racional dos fins e finalidades da pena. Com isso, deixam de ser validamente fundamentados os critérios metafísicos de tal justificação, em específico a justiça e o livre arbítrio (assim como as respostas presas a uma vinculação

³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 130, grifos do autor.

³¹ ROXIN; ARZT; TIEDEMANN, *op. cit.*, p. 10.

metafísica religiosa de um “juízo final divino”), o que retira a própria base filosófica das teorias absolutas-retributivas da pena, colocando-as em crise.

A partir da racionalidade liberal decorrente da evolução do pensamento iluminista, que irá atribuir caráter de cientificidade também ao Direito Penal, as justificações metafísicas perdem sua força em virtude da impossibilidade de demonstração empírica e científica de seus postulados fundamentais. Além dos problemas em razão da sua base filosófica metafísica, a teoria absoluta da pena passa a enfrentar outro questionamento relevante, deduzido pela moderna dogmática do Direito Penal: o Direito Penal, nesse momento histórico (começo do século XX), começa a ser pensado como instrumento não mais de negação da negação do Direito ou como devolução do mal causado, mas como instrumental que, por meio do castigo, visa garantir o convívio social por meio da proteção de bens jurídicos indispensáveis a este convívio. A perspectiva não é mais de retribuir o mal causado, mas sim pensar meios de intimidação que consigam garantir a proteção de tais bens jurídicos construídos por meio do reconhecimento da vinculação axiológica expressada entre função da pena e função do Estado³².

Mas não somente a dogmática penal coloca em crise a teoria absoluta da pena e suas principais bases teóricas.

Também imprescindível destacar a crítica dirigida pelos teóricos da Criminologia atua(ria)l à tese meramente retribucionista da pena, sobretudo sob a óptica do desenvolvimento de Políticas Criminais, no mais das vezes dirigidas por uma classe dominante que estabelece o controle social por meio da pena e do próprio direito penal sob o argumento liberal da igualdade formal de todos perante a lei, falácia que é facilmente desmascarada com uma simples análise do perfil dos seres humanos que são depositados nos cárceres pelo mundo, com destaque para a realidade empírica norte-americana e da América Latina, sendo esta perspectiva empírica a mais importante para qualquer investigação como a presente, produzida a partir da realidade brasileira (e latino-americana, por evidente). Juarez Cirino dos Santos ainda aponta uma característica importante referente à culpabilidade, que deixa de ser *apenas*

³² PUIG, Santiago Mir. **Estado, Pena y Delito**. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L./B de F Ltda., 2006. (Colección: Maestros del Derecho Penal, nº 21), p. 95.

fundamento da pena, e transforma-se também em limitação da pena, a resguardar o indivíduo em face do exercício do poder punitivo por parte do Estado³³.

Eugenio Raúl Zaffaroni, por seu vez, em clara oposição ao argumento da proteção do convívio social e da “defesa social”, sob esta mirada interpreta a posição kantiana ao assinalar que também Kant, embora negasse à pena qualquer fim que não a simples retribuição ao mal causado, não conseguiu evitar que seu conceito de pena fosse envolto pelo objetivo de se preservar um “estado ético no ser humano”, e, por mais que se busque negar, a ética, como resultado de necessária inter-relação entre os seres humanos, também se insere na pauta de convivência social³⁴.

Todas as críticas dirigidas às teorias absolutas da pena acabaram por revelar sua associação com a ideia de vingança estatal, o que, mesmo dentro do discurso jurídico-penal, conduziu a uma cada vez menor utilização de seus postulados para a justificação da pena criminal, sendo, atualmente, teorias de reduzidíssima utilização nos debates envolvendo pena e prisão.

1.1.2 TEORIAS PENAIIS RELATIVAS. PREVENCIÓNISMO

A teoria absoluta ou retributivista, ao se fundar no objetivo de que se deve atacar o mal consubstanciado na prática de um delito com outro mal pela pena, deixa exposto o eixo central de sua argumentação, comum a todos os ordenamentos tidos como primitivos ou anteriores ao racionalismo científico, qual seja, a vingança de sangue³⁵.

Como já referido alhures, em primeiro plano por conta da derrocada do Estado sob o viés absolutista e também por conta do desenvolvimento de uma “ciência do Direito Penal” que se consolida especialmente a partir dos fins do século XIX na Europa

³³ CIRINO DOS SANTOS, 2010, *op. cit.*, p. 423.

³⁴ ZAFFARONI, *et alii*, *op. cit.*, p. 114.

³⁵ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 236.

ocidental³⁶, a resposta às condutas reputadas como criminalmente ilícitas deixa de encontrar fundamentação na religião ou em outro campo absoluto não controlável pela razão, aliando-se a essas linhas, no contexto histórico, a circunstância de que, com a Constituição norte-americana de 1787³⁷ e com a Revolução Francesa de 1789, resta estabelecido um padrão de que a competência formal nos Estados modernos para a definição de condutas eleitas como delitos desloca-se para um órgão colegiado, denominado Parlamento ou Assembleia; padrão este que, a partir daí (sobretudo sob o fundamento filosófico desenvolvido por Montesquieu, orientado racionalmente³⁸), espraia-se pelo mundo ocidental.

Ademais, como já apontado, em razão da cientificidade que passa a balizar este campo da pesquisa humana, justificações metafísicas com objeto central na “realização da Justiça” ou no “controle do livre-arbítrio” também perderam força e desapareceram da argumentação em torno da legitimidade do castigo.

Soçobrou-se, então, a teoria absoluta da retribuição, já incapaz de justificar a imposição de castigos no campo criminal.

Ganham relevo, então, as chamadas “teorias relativistas” ou “teorias da prevenção”, a restaurar antigo adágio dos tempos romanos; pensado este, agora, sob a perspectiva da modernidade³⁹. Embora seja possível apontar que as concepções relativistas ou preventivistas emergem do mesmo Iluminismo do qual, em certa medida, buscou fundamentação a teoria absoluta-retribucionista⁴⁰, já não é mais o soberano ou algo divino o esteio próprio para o castigo.

O ideal contratualista, então, perfaz filosoficamente neste novo “perfil” para a fundamentação do castigo, em que surge, então, o discurso da defesa da sociedade, e não mais do indivíduo isoladamente considerado. É nessa fundamentação que o questionamento formulado por Roxin acaba por se inserir: “com base em que pressupostos se justifica que o *grupo de homens associados* no Estado prive de

³⁶ “Assumindo então o estatuto de um paradigma”, in DAL RI JÚNIOR, Arno. **História do Direito Penal entre Medieval e Modernidade**. Organizadores Arno Dal Ri Júnior e Ricardo Sontag. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 381.

³⁷ Fruto da Convenção da Filadélfia do mesmo ano.

³⁸ MONTESQUIEU (Charles-Louis de Secondat), **Do Espírito das Leis**. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Nova Cultural, 2005.

³⁹ Com Sêneca: *Nemo prudens punit quia peccatum est sed ne peccetur*.

⁴⁰ BUSATO, *op. cit.*, p. 758.

liberdade algum dos seus membros ou intervenha de outro modo, conformando a sua vida”?⁴¹

O retribucionismo em si, o “responder o mal com outro mal”, a “negação da negação do Direito”, em si mesmos, não podem ser tais pressupostos indicados no questionamento de Roxin.

Se o contratualismo denota a construção de um corpo social, e o retribucionismo não detém lastro de demonstração empírica racional (agora indispensável) para justificar o castigo, a pena encontra fundamento, agora, na defesa e na manutenção do corpo social, por meio da *prevenção* de novos crimes, que ganha primazia na justificação da aplicação do castigo em face da delinquência⁴². Portanto, o traço comum às doutrinas relativas ou preventivas, “desde aquelas da emenda e da defesa social àquelas da intimidação geral, desde aquelas da neutralização do delinquente àquelas da integração dos outros cidadãos”⁴³, será o discurso argumentativo de que a pena (ao contrário do que sustentava Kant) deve ser compreendida como meio, ao invés de como fim ou valor em si mesma. É esta a compreensão de Hobbes, por exemplo, quando assinala que a vingança, em não se referindo ao futuro e sendo somente fruto de vã glória, é um ato contrário à razão⁴⁴.

A prevenção, por seu turno, sobretudo a partir de Paul Johann Alselm Ritter von Feuerbach⁴⁵, divide-se em dois planos: a prevenção especial e a prevenção geral, ambas subdivididas nas categorias negativa e positiva⁴⁶.

1.1.2.1 A Prevenção Especial negativa e positiva

⁴¹ ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. 3ª ed. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, Maria Fernanda Palma e Ana Isabel de Figueiredo. Lisboa: Vega, 1998, p. 15.

⁴² ROXIN, 1998, *op. cit.*, pp. 15-16. Diz também Roxin o seguinte: “Aprendemos e ensinamos as ‘teorias da pena’ transmitidas através dos séculos como se tais teorias constituíssem respostas acabadas a uma pergunta invariável. Deste modo, a temática recebe algo não forçosamente respeitável: o estímulo estético-filosófico do bem da formação, invocado sempre na hora reflexiva da lição: enquanto que, na realidade, se trata de difícil trabalho sobre a problemática da sociedade e do Estado de direito adaptada às particularidades de hoje”.

⁴³ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 240.

⁴⁴ HOBBS, Thomas. **Do Cidadão**. Cap. III, par. 11, p. 118.

⁴⁵ 1775-1833.

⁴⁶ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 245.

A doutrina retributiva voltada ao passado e que pregava a ideia de pena/sanção como restauração ou reafirmação da ordem legal violada pelo comportamento delinquente do indivíduo tornou-se insustentável, especialmente, como assinala Luigi Ferrajoli, em virtude de estar assentada em uma obscura crença na existência de um certo nexó necessário entre culpa do indivíduo e punição que tenha por escopo último o alcance da justiça, algo absolutamente indemonstrável⁴⁷.

Se para a teoria da retribuição a pena deve ser imposta para a realização da justiça e restabelecimento da ordem legal atingida, sem ter por preocupação quaisquer outros fins de utilidade social, para as teorias da prevenção a missão primeira da pena é a de prevenir delitos como forma de proteção de determinados interesses identificados agora como pertencentes ao conjunto social, à sociedade.

Vale dizer: enquanto a teoria absoluta visa ao passado, as teorias relativas voltam suas atenções para o futuro⁴⁸.

Ganham força, nessa perspectiva, as doutrinas da prevenção especial a partir da segunda metade do século XIX e início do século XX, que, trilhando linha filosófico-política diversa das teorias contratualista do início da era Iluminista, buscam sustentação agora nas diretrizes mais rígidas de um novo e consolidado Estado liberal intervencionista que, agora, distancia-se novamente da figura do indivíduo e passa a se construir para uma forma de social – Estado social⁴⁹.

Conforme anota Mir Puig acerca desta nova “compreensão” do castigo⁵⁰,

⁴⁷ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 238. E ainda: “Esta preocupação ressalta um problema teórico que, *mutatis mutandis*, encontra-se na base de todas as doutrinas retributiva. Tal equívoco, evidenciado por Herbert Hart, consiste na confusão que tais doutrinas fazem entre dois problemas completamente diversos, ou seja, entre o problema da ‘finalidade geral justificadora’ da pena, que não pode deixar de ser utilitarista e voltada para o futuro, e aquele da sua ‘distribuição’, que, por sua vez, ocorrendo em base retributivas, diz respeito ao passado, o que equivale a dizer, como proposto por Ross, entre o problema da ‘finalidade da legislação penal’ e aquele da ‘motivação’ com a qual uma pena é imposta” (p. 238-239).

⁴⁸ Essa característica faz Santiago Mir Puig destacar que tal forma de pensar recebe a denominação de “teorias relativistas” em razão de que, diferentemente da realização da justiça (que é absoluta), as necessidades de uma atuação preventiva da pena são relativas e circunstanciais (*in* PUIG, Santiago Mir. **Derecho penal: parte general**. 3ª ed. Barcelona: PPU, 1990, p. 55).

⁴⁹ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 246.

⁵⁰ FERRAJOLI, 1990, *op. cit.*, p. 55. Tradução livre: “Trata-se de uma função utilitarista, que não se funda [mais] em postulados religiosos, morais, ou em qualquer caso idealistas, senão na consideração de que a pena é necessária para a manutenção de certos bens sociais. A pena não se justificaria como um mero castigo do mal, como uma pura resposta retributiva frente ao delito (já) cometido, mas como um instrumento dirigido a prevenir delitos futuros”.

Se trata de una función utilitaria, que no se funda [mais] en postulados religiosos, morales, o en cualquier caso idealistas, sino en la consideración de que la pena es necesaria para el mantenimiento de ciertos bienes sociales. La pena no se justificaria como mero castigo del mal, como pura respuesta retributiva frente al delito (ya) cometido, sino como instrumento dirigido a prevenir delitos futuros.

Nesse cenário, as doutrinas categorizadas como de prevenção especial, além de voltarem suas atenções para o futuro (e não mais para o passado sob viés retribucionista), visam alcançar a prevenção de novos delitos por meio de uma contramotivação específica⁵¹, vale dizer, a pena aqui deverá buscar não transmitir uma mensagem ao corpo social tomado em geral para não delinquir, mas sim fazer evitar com que aquele específico autor de um delito não torne a delinquir, não torne a praticar novos delitos. Tais doutrinas dirigem-se exclusivamente ao delinquente em particular, tendo por escopo que este não volte a delinquir, a fim de que não transgrida novamente as normas jurídico-penais. De acordo com Bustos Ramirez e Hormazabal Malarée, o delito não se resumiria à violação da ordem jurídica, mas, antes de mais nada, seria reputado um dano social, e o delinquente, assim, seria um fator de perigo e um risco à ordem social⁵².

Como apontado, as doutrinas preventivas especiais podem ainda, em combinação de critérios, ser classificadas em negativas e positivas.

Em primeiro plano, as doutrinas da prevenção especial negativas são aquelas identificadas com a incapacitação ou inocuização do agente realizador do delito para a prática de outros crimes. Objetiva-se a neutralização total do delinquente ou, ao menos, a neutralização dos impulsos que o conduziram à realização de um determinado comportamento tido como criminoso, às custas, obviamente, do indivíduo que recebe a carga daquele “mal” que a pena corporifica, mas em benefício do corpo social integrado pelo mesmo indivíduo, inaugurando-se, claramente, a etapa utilitarista das funções da pena (e da pena de prisão, em particular), uma vez que o argumento da “defesa social” será doravante o marco unificador de todas as teorias indicadas como de prevenção especial (negativa ou positiva), identificadas como de cunho correccionalista.

⁵¹ BUSATO, *op. cit.*, p. 763.

⁵² BUSTOS RAMÍREZ; HORMAZABAL MALARRE, *op. cit.*, p. 124.

Por seu turno, as teorias da prevenção especial positiva trabalham conceitualmente a pena através da função positiva desta de interferir e corrigir aquele que perpetra um delito, vale dizer, atribuindo à pena “uma função positiva de melhoramento do próprio infrator”⁵³. A ideia central aqui não é retribuir o mal causado com um outro mal que se torna concreto com a imposição da pena, ou ainda neutralizar e privar do convívio social o indivíduo que não respeita as regras e coloca em risco os laços de convivência social. Parte-se, aqui, da compreensão que o autor de um delito não é um simples violador da ordem legal, mas alguém que traz em si um desvio social que exige do Estado algum tipo de correção do comportamento, de reeducação, de ressocialização.

O projeto disciplinar encontra-se quase sempre articulado, na literatura correcionalista, segundo ambas as finalidades da prevenção especial, vale dizer, aquela *positiva* da reeducação do réu e aquela *negativa* da sua eliminação ou neutralização, as quais, frise-se, não se excluem entre si, mas concorrem, cumulativamente, para a definição do objetivo da pena enquanto fim diversificado e dependente da personalidade, corrigível e incorrigível, dos condenados. Esta duplicidade do fim, positivo ou negativo, é comum a todas as três orientações nas quais é possível distinguir, com base nas suas motivações filosóficas e políticas, as diversas teorias da prevenção especial, ou seja, desde as doutrinas moralistas de *emenda* àquelas naturalistas da *defesa social*, bem como àquelas teleológicas da *diferenciação* da pena⁵⁴.

As matrizes ideológicas das teorias preventivas-relativas especiais vinculam-se por um positivismo orientado não tanto à análise do crime, mas às características pessoais do indivíduo que o pratica, e vêm assentadas em premissas deterministas ou pragmáticas, que dirigirão seus esforços, pelo instrumental do direito penal, não somente para a prevenção de novos delitos e o controle da delinquência, mas também para colmatar e transformar personalidades tidas como desviantes por meio da inocuidade e neutralização mediante ação do Estado e de acordo com o que o Estado, oficialmente, entende por “comportamento não desviante”, sob pena de, no extremo, conduzir-se à própria eliminação do indivíduo pelo seu afastamento completo da vida social⁵⁵.

⁵³ ZAFFARONI, *et alii*, *op. cit.*, p. 125.

⁵⁴ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 246, grifos do autor.

⁵⁵ “A execução do programa de *prevenção especial* ocorre em dois processos simultâneos, pelos quais o Estado espera evitar crimes futuros do condenado: por um lado, a prevenção especial negativa de

A imersão no estudo das doutrinas da prevenção especial permite inferir o deslocamento do foco teórico daquelas de características de linha mais negativa (neutralização) para aquelas de características de ordem mais positiva ao longo de seu desenvolvimento, embora continuem sendo ambas tendências sustentadas e aplicadas de forma simultânea pelos teóricos do Direito Penal.

Em primeiro plano, dentre aquelas categorizadas como preventivas especiais, merecem registro as doutrinas pedagógicas da emenda ou do resgate, que, a despeito de sua origem em Platão (*poena medicinalis*) e afirmação na era medieval, marcam presença também na Idade Moderna ao ser fundamento teórico para se pensar a pena privativa de liberdade como via para a reeducação do indivíduo, autorizando sua eliminação caso se constate a impossibilidade de sua recuperação e ressocialização.

Embora atrelada a “antigas e jamais abandonadas tradições”⁵⁶, tais postulados influenciarão, nos fins do século XIX, o moderno pedagogismo penal, que sustenta ser a finalidade da pena a reeducação e a recuperação ético-moral do indivíduo, a ter como premissa que este sujeito é imoral e, portanto, deve ser redimido pela intervenção estatal.

Essa teoria da pena como emenda ou remédio, em certa medida, aproxima-se das teorias retributivas morais, visto que defendem a sujeição do indivíduo ao sofrimento em razão do mal por ele causado como única justificativa válida para a imposição da pena.

É a partir do campo teórico do pedagogismo penal que surgirão as bases da corrente conhecida como Escola Positiva Italiana, que, de forma semelhante ao que sustenta o pedagogismo penal, persegue a dupla finalidade de conceder cura ao indivíduo que, em razão do crime realizado, é reputado um doente social, e de neutralizá-lo pela segregação em face de sua periculosidade. Determinismo do indivíduo e periculosidade deste para o corpo social: este o binômio que informa a

neutralização (ou *inocuidade*) do condenado, consistente na incapacitação para praticar novos crimes durante a execução da pena; por outro lado, a prevenção especial positiva de *correção* (ou *ressocialização*) do condenado, realizada pelo trabalho de psicólogos, sociólogos, assistentes sociais e outros funcionários da *ortopedia moral* do estabelecimento penitenciário – segundo outra fórmula antiga: *punitur, ne peccetur*. CIRINO DOS SANTOS, 2010, *op. cit.*, p. 424, grifos do autor.

⁵⁶ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 248. Autores desta etapa histórica do desenvolvimento das teorias da pena citados por Ferrajoli: Karl Roeder, Vincenzo Garelli, Francisco Filomusi Guelfi, Vincenzo Lanza, Francesco Carnelutti, Ugo Spirito, Fichte e Eduardo Henke.

Escola Positivista Italiana que, com seu duplo viés, alcançará grande popularidade, além da Itália (por óbvio), na França, Espanha e América Latina, e até mesmo na União Soviética⁵⁷.

Apesar da influência recebida, a linha positiva vai se diferenciar da doutrina pedagógica da emenda e do remédio e também das retributivista. Estas têm por dado *a priori* o princípio do livre-arbítrio do sujeito a permitir a sua correção para o padrão tido pelo discurso oficial como adequado. Já a doutrina positivista descarta o livre-arbítrio e se fulcra no determinismo positivista para autorizar a aplicação do castigo (pena), compreendendo o homem como “entidade animal privada de liberdade e inteiramente sujeita às leis da necessidade natural”⁵⁸. Com clara influência das ideias de Lombroso, temperadas ainda com ideias de Spencer (sociedade como organismo social) e Darwin (seleção natural e sobrevivência do mais apto e mais adaptado em detrimento dos demais), a linha positiva substitui o livre-arbítrio pelo determinismo dos comportamentos, “apoiados em fatores físicos, individuais e sociais das ações humanas; à responsabilidade moral limitada pela culpabilidade contrapõem a responsabilidade legal ou social derivada do determinismo e a periculosidade”⁵⁹.

A evolução do pensamento preventivo em sua face especial vai atingir o seu ponto mais alto na escala correccionalista com Franz von Liszt e o seu Programa de Marburgo⁶⁰ no final do século XIX, a constituir o que ficou conhecido como Escola Sociológica.. Franz von Liszt elaborou um programa multifuncional tendo por natureza da pena a coação psicológica dirigida individual e particularmente ao sujeito por meio de instrumentos que objetivavam a ressocialização, a neutralização e a intimidação de acordo com os diversos tipos de delinquentes, quais sejam, o adaptável, o inadaptável e o ocasional⁶¹.

Com efeito, Franz von Liszt estabeleceu, então, três formas de atuação da prevenção especial, de acordo com as diferenciações de cada tipo de delinquente singularmente considerado: a *inocuição* do delinquente não ocasional tido como

⁵⁷ Busato assevera que o maior desenvolvimento da prevenção especial, em sua vertente negativa, aparece com a Escola Positiva Italiana (BUSATO, *op. cit.*, p. 765).

⁵⁸ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 249.

⁵⁹ BUSATO, *op. cit.*, p. 765.

⁶⁰ 1882.

⁶¹ FERRAJOLI, *op. cit.*, 250.

irressocializável ou não corrigível, a *intimidação* daquele sujeito que ocasionalmente pratica uma ato tido como crime e que, de algum modo, demonstre possibilidade de tornar a delinquir, e a *ressocialização* do delinquente não ocasional mas passível de correção⁶².

A polissemia da teoria da prevenção especial estabelecida no Programa de Marburgo⁶³ resta evidente quando se contrastam seus objetivos, visto que visa, ao mesmo tempo e por meio do mesmo instrumento-fim (a pena), o alcance da defesa social e da incapacitação para os irrecuperáveis, a promoção da emenda daqueles que necessitam de ressocialização, a intimidação dirigida para os delinquentes ocasionais, e, em um plano secundário (mas presente), inclusive a retribuição, na medida em que a pena detém de certo modo um sentido “substancial”⁶⁴ ao ter por escopo ser justa no e diante do caso concreto⁶⁵.

Concretiza-se com cores mais fortes, pela Escola Sociológica, que a preocupação do Direito Penal, e do Estado em último caso, volta-se não mais para o fato perpetrado, ou para a sociedade de um modo geral, mas para o indivíduo isoladamente considerado. Todavia, como tal preocupação se volta para o futuro, a abordagem do indivíduo em sua singularidade não é um fim em si mesmo, mas tem em último plano por escopo a defesa social, a proteção do corpo social considerado de forma orgânica⁶⁶.

⁶² BUSATO, *op. cit.*, p. 766. Também nesse sentido, o escólio de Santiago Mir Puig, *verbis*: “También la prevención especial (la dirigida al condenado) se persigue em distintos sentidos, según la forma em que incida em el delincuente. Desde que von Liszt propusiera em 1833 su célebre ‘Programa de Marburgo’ se distinguen los tres aspectos siguientes: la advertencia, la resocialización y la innocuización. Frente al delincuente ocasional, la prevención especial exigiría sólo la advertencia que implica la imposición de la pena. Para el delincuente no ocasional corregible, sería precisa la resocialización mediante la aplicación de um tratamiento destinado a obtener su corrección. Por último, para el delincuente incorregible lá única forma de alcanzar la prevención especial sería innocuizarlo, evitando así el peligro mediante su internamiento asegurativo. El efecto de advertencia se designa a veces como ‘intimidación especial’, para expresar que se dirige sólo al delincuente y no a la colectividad, como la intimidación que persigue la prevención general. La resocialización adopta a veces modalidades especiales: así, como tratamiento educativo o como tratamiento terapêutico para sujetos com anomalías mentales”. PUIG, 2006, *op. cit.*, p. 45.

⁶³ De acordo com o Programa de Marburgo, na linha defendida por Franz von Liszt, os três tipos de fins conduzem ao reconhecimento de três tipos de pena que basicamente correspondem a três diferentes categorias de delinquentes: a neutralização dos irrecuperáveis, a correção dos que precisam de ressocialização, e a intimidação dos delinquentes ocasionais.

⁶⁴ Ou metafísico.

⁶⁵ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 250.

⁶⁶ “Sob o ponto de vista político-criminal, a prevenção especial justifica-se, uma vez que – se afirma – também é uma forma de prevenção o evitar que quem delinuiu volta a fazê-lo, e nisso consiste a função

Nesse contexto, interessante notar um câmbio no direcionamento histórico das teorias preventivas especiais, as quais aos poucos deixam de colocar ênfase na função neutralizadora da pena, ganhando destaque, ainda que permanecendo sob o viés da proteção da sociedade, a função de ressocialização do indivíduo⁶⁷.

É a função ressocializadora que ganha primazia com a evolução das teorias preventivas especiais ao longo do século XX, sendo influência decisiva no projeto alternativo do Código Penal alemão de 1966 e na própria Parte Geral do Código Penal alemão de 1975⁶⁸. É tão importante sua presença ainda hoje no debate político-criminal e criminológico, que, por exemplo, o artigo 1º, da Lei de Execuções Penais brasileira⁶⁹ estabelece que a execução penal tem por objetivo, além de efetivar as disposições contidas nas sentenças e decisões judiciais, proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. Impossível trabalhar conceitos de pena, ainda na atualidade, sem uma profunda abordagem da função ressocializadora e de correção do castigo.

São importantes correntes da prevenção especial, e, mais especificamente, da linha correccionalista, a *new penalogy* norte-americana (tendo por fundamento a ideia do *non fixed sentence*) e a Nova Defesa Social desenvolvida por Marc Ancel, a buscar a prevenção de novos ilícitos penais e a correção do indivíduo por meio da pena com uma abordagem multidisciplinar e, principalmente, do entrelaçamento entre Criminologia, Direito Penal e Política Criminal.

1.1.2.2 A Prevenção Geral negativa e positiva

preventivo-especial e, de certa forma, o do direito penal em seu conjunto. Ao mesmo tempo em que com a execução da pena se cumprem os objetivos de prevenção geral, isto é, de intimidação, com a pena privativa de liberdade busca-se a chamada ressocialização do delinquente. Ressalte-se que em muitos ordenamentos jurídicos os fins preventivos especiais da pena, entendidos como ressocializadores, foram adotados e consagrados expressamente em seus textos constitucionais, consistindo, naturalmente, em mais um argumento em favor da tese prevencionista especial". BITENCOURT, *op. cit.*, p. 143.

⁶⁷ "A neutralização passou a ser substituída pela ideia de *integração social* ou de *ressocialização*. A figura do criminoso, ainda central no discurso, deixou de ser associada a um *doente* e passou a ser tratada como um *desajustado* que pode e deve estar integrado ao modelo social em que vive. No fundo de tal perspectiva, late a essência de buscar produzir indivíduos dóceis e conformados aos desajustes sociais que lhes são impostos e adaptados aos limites sociais que lhes são permitidos". BUSATO, *op. cit.*, p. 766.

⁶⁸ ROXIN, Claus. **Fundamentos político-criminales del Derecho penal**. Tradução de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Hammurabi, 2008, p. 97.

⁶⁹ Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.

A prevenção geral, ao contrário da especial, não se dirige ao indivíduo na tentativa de intimidá-lo direta e singularmente a evitar a realização de uma conduta qualificada pelo aparelho normativo como crime. Aqui, o objetivo é geral: a intimação objetiva recair sobre todo o corpo social, de forma a coagir indistintamente todos os integrantes da sociedade a não delinquir.

Hassemer estabelece uma válida noção dos pressupostos das teorias da prevenção geral:

O velho princípio, segundo o qual um homem racional pune somente para o impedimento de futuros injustos, e não como resposta para os injustos passados, compreende a teoria da prevenção geral da pena, assim como o da prevenção especial. O futuro injusto não pode ser esperado somente daquele que já pecou uma vez, senão também de todos os outros. Esses outros são o ponto de referência da teoria da prevenção geral da pena⁷⁰.

A função de prevenção geral da pena criminal, tomada de modo total, não trata a legitimação desta a partir da retribuição do mal causado ou em razão da suposta ressocialização do indivíduo apenado. Ao contrário, busca sustentar tal legitimação mediante a da influência que a pena criminal teria sobre todos os demais integrantes da comunidade, os quais, em face da ameaça da pena e de sua execução, seriam desestimulados da realização de comportamentos ilícitos semelhantes àquele reprovado e apenado, e, por consequência, afastar-se-iam da prática de delitos.

Também aqui, a abordagem divide-se em negativa e positiva⁷¹.

A *prevenção geral negativa* encontra sua base teórico-filosófica nas proposições formuladas por Paul Johann Alselm Ritter von Feuerbach, criador da denominada teoria da coação psicológica. De acordo com tal teoria, a pena teria o papel fundamental de servir como intimidação ou coação psicológica sobre todo o grupo social, assentada em dois momentos fundamentais: a intimidação por meio da ameaça

⁷⁰ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005, p. 403.

⁷¹ “A função de *prevenção geral* atribuída à pena criminal igualmente tem por objetivo *evitar* crimes futuros mediante uma forma *negativa* antiga e uma forma *positiva* pós-moderna”. CIRINO DOS SANTOS, 2010, *op. cit.*, p. 426.

às pessoas e a confiança na racionalidade do homem integrante do corpo social, o qual, em face da possibilidade de receber uma pena por conta de seu comportamento, mantém o controle sobre seus impulsos e evita violar a norma jurídica. Feuerbach sustenta, ainda, a utilização da pena criminal como forma de prevenir genericamente a prática de delitos futuros reside justamente na possibilidade real de que as penas impostas realmente sejam concretizadas. Destarte, pela prevenção geral negativa, “o Estado espera que a *ameaça* da pena desestimele pessoas de praticarem crimes”⁷².

O surgimento da ideia da prevenção geral negativa relaciona-se ao momento histórico de sua criação: a transformação do Estado absoluto para um Estado assentado em bases liberais, que, então, passa a valorar e prestigiar a racionalidade como fundamento para decisão de escolhas feitas pelo sujeito. Portanto, a prevenção geral negativa se estabelece tanto pela intimidação dos demais indivíduos da coletividade como também pela opção racional dos indivíduos de não violar a norma penal, com o objetivo expresso de produzir em toda a coletividade uma *motivação* para não delinquir.

Explicita Santiago Mir Puig:

Por una parte, la *prevención general* puede manifestarse por la vía de la *intimidación* de los posibles delincuentes, o también como *prevalecimiento o afirmación del Derecho* a los ojos de la colectividad. En el primer sentido, la amenaza de la pena persigue imbuir de un temor que sirva de freno a la possible tentación de delinquir. Se dirige sólo a los eventuales delincuentes. En el segundo sentido, como afirmación del Derecho, la prevención general persigue, más que la finalidad negativa de inhibición, la internalización *positiva* en la conciencia colectiva de la reprobación jurídica de los delitos y, por otro lado, la satisfacción del sentimiento jurídico de la comunidad. Se dirige a toda la sociedad, no sólo a los eventuales delincuentes. El distinto significado de ambos aspectos de la prevención general se advierte ante ejemplos como el siguiente: la sustracción de vehículos de motor con ánimo de uso constituye un hecho que en determinados momentos resulta excesivamente frecuente. La prevención general de esta clase de hechos podría llevar a la imposición de las más graves penas en orden a *intimidar* a los posibles delincuentes. Sin embargo, a ello se opondría el otro aspecto de la prevención general, el que atende a la satisfacción del sentimiento jurídico de la sociedad (...)⁷³.

⁷² CIRINO DOS SANTOS, 2010, *idem, ibidem*.

⁷³ PUIG, 2006, *op. cit.*, p. 43. Tradução livre: “Por um lado, a prevenção geral pode manifestar-se pela via da intimidação dos possíveis delinquentes, ou também como *prevalecimento* ou *afirmação do Direito* aos olhos da coletividade. No primeiro sentido, a ameaça de pena objetiva imbuir de um temor que sirva de freio à possível tentação de delinquir. Dirige-se somente aos eventuais delinquentes. No segundo sentido, como afirmação do Direito, a prevenção geral persegue, mais que a finalidade negativa da inibição, a internalização *positiva* na consciência coletiva da reprovação jurídica dos delitos e, por outro

Outro é o paradigma das doutrinas ligadas à *prevenção geral positiva*.

O “fracasso clamoroso”⁷⁴ dos modelos preventivos de função da pena, seja pelo seu aspecto especial (de neutralização ou correção), seja pelo seu aspecto geral (de intimidação dirigida ao corpo social), seja em razão da unificação dos pressupostos preventivos com os retributivos (teorias mistas ou unificadas⁷⁵) conduziu a partir da década de setenta do século XX, no âmbito da dogmática penal, ao pensar a função preventiva geral em um novo papel. Nesse momento, destarte, a prevenção geral deixa de ser sustentada apenas como intimidação dirigida aos demais integrantes da sociedade, vale dizer, apenas por sua face negativa, e ganha também um prisma *positivo*: a de *integração* no propósito de *reforçar a consciência jurídica da população*⁷⁶.

Portanto, explicita Hassemer, determinando o raciocínio nesta base, atribui-se agora ao direito penal a missão de reforçar a consciência jurídica da comunidade e sua disposição para cumprir tais normas, sendo, para isso, importante uma determinada configuração das cominações penais que então propicie a imposição ao infrator da sanção que essa comunidade sinta como justa, e que satisfaça o sentimento jurídico da coletividade⁷⁷.

Hans Welzel, então, vai assinalar que a prevenção geral, após os anos 70 do século XX, passará a ser utilizada em dois sentidos diferentes: no seu sentido mais estrito e comum, a prevenção geral consiste efetivamente na intimidação da coletividade mediante a cominação penal abstrata e na sanção concreta do indivíduo que realiza um injusto culpável; já em um sentido que Welzel indica “mais amplo”, a prevenção geral consiste na confirmação do direito como ordem ética, e somente em

lado, a satisfação do sentimento jurídico da comunidade. O distinto significado de ambos aspectos da prevenção geral se adverte ante exemplos como o seguinte: a subtração de veículos a motor com ânimo de uso constitui um fato que em determinados momentos resulta excessivamente frequente. A prevenção geral desta categoria de fatos poderia levar à imposição das mais graves penas de forma a *intimidar* os possíveis delinquentes. Todavia, a isso se oporia o outro aspecto da prevenção geral, o que atende à satisfação do sentimento jurídico da sociedade (...). ”

⁷⁴ BUSATO, *op. cit.*, p. 778.

⁷⁵ Que serão analisadas ainda neste trabalho, abaixo.

⁷⁶ BOZZA, Fábio da Silva. **Teorias da pena: do discurso jurídico à crítica criminológica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 73.

⁷⁷ HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del Derecho Penal**. Tradução de Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984, p. 392.

um plano secundário na intimidação⁷⁸, conceituando esta última como *prevenção geral positiva*.

Para as teorias da prevenção geral positiva, destarte, a missão do direito penal se projeta fundamentalmente sobre o âmbito interno dos cidadãos, tratando de se gerar, nesse *locus*, uma atitude de convencimento e de confiança no direito, em teoria muito mais eficaz e válido do que a mera intimidação pela ameaça e execução da pena no que tange ao fim de proteção dos bens jurídicos da sociedade. A característica fundamental da prevenção geral positiva é a conclusão da inafastável necessidade da pena criminal ao argumento de que, sem a pena criminal e a certeza de que irá recair sobre aquele que realiza conduta tida como delito, o processo de internalização das normas e dos valores culturais por parte da comunidade sofreria sensível redução⁷⁹.

Essa nova perspectiva da prevenção geral positiva, todavia, para fins científicos rígidos, deve ser compreendida sob duas variantes, segundo Juarez Cirino dos Santos⁸⁰: a *prevenção geral positiva fundamentadora* e a *prevenção geral positiva limitadora*⁸¹. Assim, pode-se então distinguir entre concepções *fundamentadoras* e *limitadoras* da prevenção geral positiva.

Para os teóricos da prevenção geral positiva fundamentadora (Welzel, Jakobs, Armin Kaufmann, por exemplo), a pena criminal permitir-se-ia “ir mais além do necessário para a intimação por razões de integração social”⁸². Nesta medida, mais relevante do que a proteção de bens jurídicos é a “estabilização das expectativas normativas frustradas pelo comportamento criminoso mediante afirmação da validade

⁷⁸ *Apud* SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo**. 2ª ed. Buenos Aires-Montevideo: Editorial B de F Ltda., 2010, p. 364.

⁷⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo**. 2ª ed. Buenos Aires-Montevideo: Editorial B de F Ltda., 2010, p. 371.

⁸⁰ CIRINO, 2010, *op. cit.*, p. 426.

⁸¹ “As doutrinas penais que atribuem ao direito penal função de *prevenção geral* exigem, ao invés, um discurso diferenciado. As recentes doutrinas da prevenção geral denominada *positiva* seguramente confundem direito com moral, e inscrevem-se no inexaurível filão do legalismo e do estatismo ético, conferindo às penas funções de integração social por meio do reforço geral da fidelidade ao Estado, bem como promovem o conformismo das condutas, fato que se verifica desde as doutrinas que genericamente concebem o direito penal como instrumento insubstituível de ‘orientação moral’ e de ‘educação coletiva’, até a recente doutrina de GÜNTHER JAKOBS, que, inspirando-se nas ideias sistêmicas de NIKLAS LUHMANN, justifica a pena enquanto fator de coesão do sistema político-social em razão da sua capacidade de reestabelecer a confiança coletiva abalada pelas transgressões, a estabilidade do ordenamento e, portanto, de renovar a fidelidade dos cidadãos no que tange às instituições”. FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 256.

⁸² SILVA SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 367.

da norma penal violada”⁸³ visando a efetivação concreta dos valores fundamentais de vida social definidos pelo Estado e colocados sob a (utópica) proteção do direito penal, com o escopo último de elevar a percepção da necessária fidelidade ao direito pelos demais integrantes da comunidade. A pena criminal, assim, como reafirmação e estabilização das expectativas de obediências às normas jurídicas violadas pela ação delitiva, integrará e será de decisiva contribuição para sua própria função ético-social de reforçadora da confiança e, especialmente, da fidelidade da população ao direito.

A teoria da função preventiva geral positiva fundamentadora ganha relevância e ares de cientificidade de maneira mais perceptível, como já restou indicado *supra*, durante a década de 1970, como um novo modelo para tentar justificar a pena criminal na sociedade contemporânea, muito em razão da total insatisfação do mundo acadêmico com as teorias retributivas, desmotivadoras de comportamentos ou ressocializadora de indivíduos, em grave crise naquele período histórico⁸⁴.

Verifica-se, então, o surgimento das teorias da prevenção geral positiva em oposição às teorias da ressocialização do indivíduo que dominavam o cenário jurídico-penal naquele período histórico, em função do desvelamento, sobretudo por conta do discurso da Criminologia crítica, da dura realidade das instituições, principalmente das prisões ao redor do mundo⁸⁵, completamente incapazes de concretizar os discursos de reeducação, ressocialização e reinserção do indivíduo que, em algum momento de sua vida, passa pelo cárcere⁸⁶.

Em meio a esse contexto histórico, e fortemente influenciado pela teoria do sistema social de Niklas Luhmann, surge então um dos grandes expoentes da chamada função preventiva geral positiva fundamentadora: Günther Jakobs.

⁸³ CIRINO, 2010, *op. cit.*, p. 426-428.

⁸⁴ POSSAS, Mariana T. **O problema da inovação da teoria da prevenção geral positiva**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 56, set/out 2005, p. 268, *apud* BUSATO, *op. cit.*, p. 782.

⁸⁵ Sobremaneira nas regiões de maior influência do chamado “capitalismo periférico”, como América Latina e África.

⁸⁶ BOZZA, *op. cit.*, p. 76. Refere ainda o autor o seguinte: “Na mesma época da crise do Estado assistencial, diminuem a disponibilidade e os recursos dos governos, necessários para se buscar a finalidade humanitária de reinserção social do condenado. Inviabiliza-se o projeto de conversão do sistema penal em um sistema de reinserção social. A crescente exigência de disciplina, unida a um aumento da população marginalizada ou em posição precária dentro do mercado de trabalho, o aumento de movimentos de protestos de natureza política e a explosão do fenômeno do terrorismo, acompanha a comprovação científica da deterioração da ideologia penitenciária-educativa, e nessa ideologia se produz uma profunda crise. Em período posterior a ideologia da pena se reacomoda adotando função meramente intimidativa” (p. 76).

O conceito luhmanniano de sistema e confiança institucional, aplicado ao sistema do direito, toma-o como instrumento formalizado de integração social em substituição aos mecanismos informais e espontâneos de confiança recíproca entre os indivíduos, que integram, juntamente com o instrumento formalizado do direito, as sociedades ditas complexas.

Incorporando as teses de Luhmann sobre a teoria dos sistemas ao pensamento de construção de um *sistema* do direito penal, aponta Busato que Jakobs, em sua obra, assevera que o direito como sistema alcança legitimação desde sua aceitação por outro sistema mais abrangente, o sistema social⁸⁷.

Para Jakobs, o conceito de *bem jurídico* não faz sentido e é, por isso mesmo, considerado inútil⁸⁸; portanto, não são os bens jurídicos que restam lesionados ou expostos a perigo de lesão, mas sim as próprias normas jurídicas e a consequente confiança dos indivíduos nas normas e no direito. Nessa dimensão, a pena criminal teria por escopo estabilizar as expectativas normativas abaladas pela violação da norma jurídica e, dessa forma, estabilizar a confiança na norma violada, a fim de reforçar a fidelidade ao direito ao se afirmar a validade desta norma violada por meio da previsão, aplicação e execução de uma pena criminal ao agente que atuou contrariamente ao direito.

A estabilização da norma jurídica e da confiança do direito por meio da pena criminal também objetiva, além do seu próprio fim em si mesma e não mais atrelada à exclusiva finalidade de intimidação, produzir efeitos de *integração* dos demais integrantes da comunidade como forma de assegurar a convivência social. Portanto, para Jakobs e demais teóricos da função preventiva geral positiva da pena criminal, a violação da norma, juridicamente vinculantes, sem que se siga uma imposição real de penas pelas infrações que tal comportamento violador produz, conduzirá à perda da confiança alcançada pelo ordenamento junto à população e, em definitivo, à *desintegração* do corpo social (impedindo a vida em comunidade) e à não estabilização da norma⁸⁹.

⁸⁷ BUSATO, *op. cit.*, p. 783.

⁸⁸ CIRINO, 2010, *op. cit.*, p. 426.

⁸⁹ SILVA SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 372.

A despeito de concordar com Welzel no sentido de que a função de prevenção geral positiva mira perseguir a manutenção da fidelidade ao direito no seio da coletividade, Jakobs rechaça a ideia de que com isso se trata de proteger alguns determinados valores de ação e determinados bens jurídicos. Segundo Jakobs, a única meta que corresponde ao direito penal é garantir a função orientadora das normas jurídicas. Conforme indica Mir Puig acerca do pensamento de Jakobs, “as normas jurídicas estabilizam e institucionalizam expectativas sociais e servem, assim, de orientação da conduta dos cidadãos em seu contato social”⁹⁰. Quando, então, surge uma infração à norma, sob uma perspectiva sistêmica, cumpre deixar claro que a norma segue válida e mantém sua vigência a despeito da sua violação; assim não se procedendo, colocar-se-ia em questão a confiança na norma e sua função orientadora, razão pela qual a pena, sendo “custosa” ao indivíduo que violou a norma e frustrou a expectativa social na sua observação, apresentaria característica *positiva* enquanto afirma a vigência da norma justamente ao negar a sua violação, sancionando tal violação. Portanto, a proteção da norma faça presumível a intimidação dos possíveis delinquentes e sua consequente inibição frente ao delito⁹¹.

De outra banda, para os teóricos da prevenção geral positiva limitadora (Roxin e Hassemer, por exemplo), a despeito de atenderem a um processo de formalização do direito penal como (mais um) meio de controle social de vinculação às normas, o realmente imperioso é limitar a própria intervenção penal e os excessos de pena em atenção aos direitos do indivíduo objeto de controle.

Para Hassemer, a função da pena criminal pensada sob a perspectiva da prevenção geral positiva não deve operar mediante a intimidação dos demais componentes do corpo social (prevenção geral negativa), mas sim deve perseguir a proteção efetiva da consciência social da norma, a partir de dois fatores por ele estabelecidos: de um lado, a pena criminal deve estar limitada pela proporcionalidade em face da retribuição pelo injusto criminal; de outro lado, que a mesma possa supor um intento de ressocialização⁹² do delinquente, compreendida como uma espécie de

⁹⁰ PUIG, 2006, *op. cit.*, p. 58.

⁹¹ PUIG, 2006, *op. cit.*, p. 59.

⁹² Pensando a questão da ressocialização a partir da perspectiva da prevenção geral positiva limitadora, Muñoz Conde assinala: “La resocialización supone un proceso de interacción y comunicación entre el

“ajuda” que há de se prestar “na medida do possível”. Portanto, a forma específica de se afirmar as normas, que pela formalização do direito penal o elege como instrumento para este escopo, há de ser a utilização deste (direito penal) de forma prudente e restritiva. Dessa forma, conclui Hassemer, mais do que por meio da contínua agravação das penas, conseguirá então o direito penal se afirmar ao longo do tempo e, com isso, trazer um fortalecimento da confiança da comunidade no direito⁹³.

Paulo Busato explicita os contornos básicos da teoria da prevenção geral positiva limitadora a partir da visão sustentada por Hassemer, *verbis*:

[Hassemer] sustenta que a prevenção geral não deve entender-se sob conotações intimidatórias, senão para assegurar as normas, e influir nos demais processos de controle não formalizados. (...). O Direito penal deve estar orientado para as consequências sociais que provoca. As normas, sob este contexto, não se estabilizam nas pessoas nem nos grupos pela intimidação, e sim, ao contrário, pelo convencimento social de que são idôneas, ou seja, que servem para melhorar a convivência. Hassemer entende fundamental a existência de alguma ordem social e essa ordem social que se quer manter depende da existência de certos mecanismos de controle, entre eles o controle social penal, tal como admite a Sociologia de Parsons. (...). [Hassemer] defende que seu ponto de vista é uma variante da prevenção geral positiva, que tem em comum com aquela o ponto de partida: a sanção é inevitável onde se tenha infringido a norma, se é que se pretende que a norma siga vigente. Porém, as normas também representam os limites da possibilidade de sua própria aplicação, ou seja, as regras servem também para aqueles que as aplicam. A norma estabelece uma sanção como reação proporcionada à sua violação e aí estão impostos limites. Toda vez que alguém ultrapassa esses limites, estará, outra vez, violando a norma e, por seu turno, colocando-se na condição de ser sancionado. O controle social se exerce também em face do próprio sistema de controle social pela limitação normativa, em especial, daquelas instâncias de controle não formalizadas⁹⁴.

Por seu turno, Roxin concebe a prevenção geral positiva da pena criminal legitimada pela *proteção de bens jurídicos*, conferindo ênfase às características de

individuo y la sociedad que no puede ser determinado unilateralmente, ni por el individuo ni por la sociedad. El individuo no puede, en efecto, determinar unilateralmente un proceso de interacción social, porque la propia naturaleza de sus condicionamientos sociales está obligado al intercambio y a la comunicación con sus semejantes, es decir, a la convivencia. Pero tampoco las normas sociales pueden determinar unilateralmente el proceso interactivo sin contar con la voluntad del individuo afectado por ese proceso, porque las normas sociales no son algo inmutable y permanente, sino el resultado de una correlación de fuerzas sometidas a influencias mutables”. MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal y control social**. 2ª ed. Bogotá: Temis, 2004, p. 93.

⁹³ HASSEMER, Winfried. **Fines de la pena em el Derecho penal de orientación científico-social**, in PUIG, Santiago Mir (ed.), **Derecho penal y Ciencias sociales**, p. 137 e ss.

⁹⁴ BUSATO, *op. cit.*, p. 786.

subsidiariedade (há outros meios mais eficazes) e de fragmentariedade (proteção parcial dos bens jurídicos)⁹⁵.

Tendo como referência o princípio da culpabilidade, Roxin vai denominar a prevenção geral positiva de *prevenção geral compensadora* ou *socialmente integradora*, e, de outra banda, a prevenção geral negativa irá classificar como *prevenção geral intimidatória*. A prevenção geral compensadora ou integradora, segundo Roxin, compreendida no fim de manter a ordem jurídica e afirmar a fé no direito, permitiria ser alcançada respeitando-se o limite da culpabilidade; ao contrário, a prevenção geral intimidatória permitiria que o Estado fosse “além do necessário” em face da tendência a elevar a pena para se conseguir seu escopo último, sendo esta uma “tendência ao erro penal”, nas palavras do próprio Roxin. Nessa medida, Roxin se coloca contrário à face intimidatória da pretensão geral positiva mas admite, por seu turno, a pretensão geral integradora, visto que apenas resta, em sua concepção, respeitar o limite da culpabilidade⁹⁶.

Destarte, é de se ter por *a priori* o postulado de que as cominações penais só estão justificadas se traduzirem a dupla restrição da proteção subsidiária de bens jurídicos e a dignidade humana. Assentando-se, portanto, a premissa de que a pena que viola a dignidade humana não pode em absoluto ser justificada, Roxin assinala que em um determinado caso concreto é possível se admitir uma pena inferior àquela que seria adequada em face da culpabilidade do agente (e, portanto, à prevenção geral integradora), quando constatado que uma aplicação elevada da pena, ainda que conforme à culpabilidade, pudesse resultar dessocializadora. Sem embargo, também não afigura legítima a pena criminal que não resulte suficiente para a defesa da ordem jurídica⁹⁷. Dentro dessas balizas, *grosso modo* e muito superficialmente, é que Roxin constrói seu conceito de função preventiva geral positiva da pena criminal.

1.1.3 TEORIAS MISTAS OU UNIFICADAS

⁹⁵ CIRINO, 2010, *op. cit.*, p. 426.

⁹⁶ PUIG, 2006, *op. cit.*, p. 62.

⁹⁷ ROXIN, 1998, *op. cit.*, p. 192-193.

Finalmente, as chamadas teorias unificadas ou mistas da pena criminal, como é possível inferir de sua própria denominação, reúnem em um só discurso as teorias retribucionista e prevencionistas com o intuito de superar as deficiências específicas de cada uma delas, por meio da *fusão* das funções declaradas de retribuição, prevenção especial e prevenção geral da pena criminal. Desse modo, conforme aponta Juarez Cirino dos Santos, a pena representaria tanto a retribuição do injusto culpável realizado por meio da expiação da culpabilidade, como a prevenção especial consubstanciada na correção do autor pela ação pedagógica da imposição da sanção e sua execução e na neutralização do indivíduo responsável pela realização do injusto, e ainda, finalmente, a prevenção geral por meio da coação psicológica de todos os demais integrantes da sociedade potencialmente criminosos mediante a ameaça da pena e do reforço da confiança e fidelidade no Direito como forma de assegurar a estabilidade da norma e do próprio corpo social⁹⁸.

Neste capítulo, foram tratadas as teorias legitimantes da prisão e da pena criminal, utilizadas pelo discurso oficial para, pela perspectiva jurídico-penal, em tese permitir o uso legítimo do cárcere como instrumento último de concretização da pena criminal imposta por meio de uma relação jurídica processual-penal que se desenvolve perante o Poder Judiciário. No próximo capítulo, o escopo é abordar as teorias críticas da prisão (sobretudo) desenvolvidas pela Criminologia, pela Sociologia e pela Penologia, que têm o condão de colocar em questão a legitimidade da prisão, sustentada nas teorias jurídico-penais adotadas pelo discurso penal. Deste contraste entre os dois capítulos, desenvolver-se-á a abordagem mais vertical da instituição prisão, especialmente levando-se em conta o quadro fático desta instituição total no Brasil (e também na América Latina, em certa medida).

⁹⁸ CIRINO, 2010, *op. cit.*, p. 428-429.

2. DISCURSOS CRÍTICOS DA PRISÃO. FUNÇÕES LATENTES OU OCULTAS A PARTIR DA PERSPECTIVA DO CÁRCERE

Com o estabelecimento dos alicerces do Iluminismo, aparentemente uma nova compreensão do castigo começa a ganhar forma. Forte na racionalidade, e supostamente informado por um “humanismo” que demonstrava repudiar toda justificação pautada em uma origem metafísica (no caso, a vontade do soberano ou do príncipe), o novo momento histórico já então começava a sinalizar uma dificuldade em lidar com castigos criminais realizados por meio de instrumentos como o suplício de roda, o esquartejamento, a fervura do indivíduo em azeite ou vinho, o esfolamento vivo, o atenazar com metal derretido.

Seria, então, uma natural evolução da humanidade em termos humanitários, a fim de conferir àquele que praticou uma conduta tida como criminosa um tratamento digno de sua condição de ser humano.

E, durante um razoável período de tempo (pouco mais de um século), com o fim do terror representado pelos suplícios sobre o corpo, a resposta do Direito Penal à delinquência encontrara um fundamento razoável e que, por si só, buscava legitimação justamente pela abolição da absurda violência da forma da resposta anterior, com a eleição, agora, do cárcere e da privação da liberdade como principal contrapartida do fenômeno criminal. A dogmática penal, fundada em postulados filosóficos desde Kant a Beccaria, aparentemente sinalizava dar conta do crime e do criminoso, pautada na escolha de padrões científicos para a evolução das respostas do Direito Penal na era moderna. É o momento histórico em que, por exemplo, ganham relevo as teorias da Escola Positiva, especialmente na Itália, vinculadas entre si principalmente pela sustentação de teorias científico-deterministas como um novo padrão da abordagem penal na defesa social, com destaque para Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garofalo, dentre outros. Como aponta Vera Regina Pereira de Andrade, nesse momento histórico, passa a haver o predomínio de uma concepção positivista da Ciência, baseada agora em uma orientação empírico-positiva, de forma a abordar e resgatar uma personagem, segundo Vera Regina, “esquecido” até então pelo direito

penal clássico: o homem delinquente⁹⁹. No mesmo diapasão, Luigi Ferrajoli vai acrescentar que a ideia fulcral dessa tendência consiste em que o delinquente é um ser antropológicamente inferior, e que, portanto, a questão que envolve a pena diz diretamente com o problema das defesas socialmente mais adequadas ao perigo representado justamente pelo homem delinquente¹⁰⁰.

Contudo, no século XX, sobretudo em função da revelação da existência de processos de criminalização, da constatação de mecanismos de disciplina sobre o corpo (e a alma) dos submetidos à incriminação, e da evidente falha dos instrumentos de resposta escolhidos por todos os Estados ocidentais na redução dos índices de criminalidade, a prisão e o próprio sistema penal foram (e ainda são) duramente questionados por diversas linhas de pensamento.

Em primeiro lugar, é a partir dos estudos desenvolvidos sobretudo no século XX que se perceberá (e concluirá) que a escolha da instituição prisão como resposta principal ao fenômeno criminal não decorreu (ao menos, não fundamentalmente) do surgimento de um pensamento “humanista” com vistas à preservação da condição humana do indivíduo apenado, mas sim de um processo de acomodação de novas relações de poder que, agora, percebem que esta categoria social (os delinquentes) tinha também utilidade econômica e política e que tal utilidade deveria ser explorada ao máximo em proveito do Estado e daqueles que exercitavam as relações de poder, não tendo peso (ou, ao menos, tendo um peso reduzido) qualquer tipo de desejo humanitário que supostamente decorreria do pacto social explicitado nas obras de Hobbes e Rousseau.

A consolidação de instituições como as *workhouses* na Grã-Bretonha e das *rasp-huis* na Holanda, que surgem no século XVII, em momento histórico também de construção e afirmação do “Estado Leviatã”, parece mais ligada ao controle da grande massa populacional que deixa o campo em direção aos aglomerados urbanos europeus¹⁰¹ em decorrência da crise definitiva do sistema feudal e, especialmente, à

⁹⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática e Sistema Penal**. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) – Doutorado, 1994.

¹⁰⁰ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 248. Aduz-se, todavia, que se trata aqui apenas de uma referência para situar historicamente a investigação, não constituindo a diferenciação entre as Escolas Clássica e Positiva o núcleo central deste trabalho.

¹⁰¹ Embriões do que se tornariam, posteriormente, cidades.

exploração econômica da força de trabalho daqueles suscetíveis (por conta de sua posição social) de serem inseridos neste sistema, do que a uma eventual consciência humanizadora dos demais membros do organismo social, haja vista, sobretudo, que a demanda por força de trabalho era questão de primeira hora naquele específico período histórico especialmente em alguns países da Europa Ocidental. Portanto, era o viés econômico por via do instrumento da imposição da disciplina¹⁰², e não o viés humanitário, o condutor desse verdadeiro câmbio de paradigma do tratamento da questão penal.

Mas, não é só.

É, pois, necessário considerar que

ao lado desta lógica economicista existem provavelmente outras, que não constituem simplesmente coberturas ideológicas ou justificativas moralistas. A chave para uma reconstrução da função global desenvolvida pelas instituições segregacionistas no logo período de sua gestação, que se estende do século XVI ao século XVIII, deve ser buscada numa abordagem que também leve em conta outros componentes, certamente contraditórios e menos racionais, que encontramos nas atuais instituições penitenciárias e que abarcam uma vasta esfera de motivações, às vezes abertamente mistificadoras, mas às vezes reais, que vão desde as exigências de defesa social até o mito da recuperação e da reeducação do desviante, desde o castigo punitivo como um fim em si mesmo até os modelos utópicos de perfeitos microcosmos disciplinares¹⁰³.

Assim, em segundo lugar, nesta perspectiva ganha força, sobretudo com Karl Marx¹⁰⁴, a concepção de se vislumbrar o direito a partir do referencial do materialismo histórico e da ideia da imposição da ideologia em uma determinada relação de poder. De acordo com o materialismo histórico, o fator que em última instância determina a construção da evolução e da realidade históricas é a produção e a reprodução da vida humana. Apesar de não perder de vista que a base aqui (também para esta mudança de paradigma da prisão, que deixa de ser meio e passa a ser fim) é a utilidade econômica e a sua exploração, Marx busca afirmar que diversos outros fatores da superestrutura, sobretudo o resultado dos conflitos políticos decorrentes da luta de classes, a construção dos textos das Constituições pela classe vitoriosa no embate político, e a produção dialética das teorias políticas e filosóficas, também detêm

¹⁰² Seja disciplina de fábrica, ou qualquer outra que se queira denominar ou descrever.

¹⁰³ MELOSSI; PAVARINI, *op. cit.*, p. 15.

¹⁰⁴ Em especial em obras como *A Ideologia Alemã* e *Crítica da Filosofia do Direito de Hegel*.

significativa importância no estabelecimento dos critérios que irão balizar o direito e, especialmente, o direito penal¹⁰⁵.

Marx compreendia o direito como produto da ideologia da classe dominante, visto que a classe que explora economicamente as demais apenas conseguirá sustentar, em termos estruturais, sua posição na relação de poder caso consiga também desenvolver um domínio político, necessitando, destarte, de instrumentos para essa dominação.

Os instrumentos de dominação seriam, com Marx, a ideologia e o direito, vistos, contudo, não de forma isolada, mas interagindo e se inter-relacionando neste desiderato¹⁰⁶. Aqui, sobressai de importância este novo ator político, que ganha especial destaque sob a égide do contratualismo: o Estado. Nessa perspectiva, então, por meio do Estado, a classe dominante visa construir um verdadeiro *aparelho de dominação* e de repressão social que, segundo a teoria marxiana, irá então permitir continuar desenvolvendo seu papel na estruturação do poder sobre as demais classes econômica e politicamente mais débeis e que, de mesmo modo, compõem o tecido social, forçando-as a se submeter às regras impostas pela classe dominante.

E o grande instrumental à disposição daqueles que exercem o poder em seu benefício (e de seu – sempre – restrito grupo) para a consecução de tal objetivo, qual seja, a imposição de sua ideologia, segundo Marx, seria o direito.

Esse controle da classe dominante partirá então, para Marx, da estrutura que compõe e constrói o *Estado*, que se valerá de um conjunto válido de normas tidas como “legais” a formar um ordenamento/sistema, conferindo aparência de legalidade e

¹⁰⁵ ENGELS, Friedrich. **Letters on Historical Materialism to Joseph Bloch**. 1890, p. 520.

¹⁰⁶ "Toda a desgraça nasce, uma vez mais, da crença dos indivíduos no conceito do direito, que eles *devem* arrancar de sua própria cabeça. São Sancho apenas conhece 'coisas' e 'Eus', e de tudo o que não entra na gaveta dessas duas rubricas, de todas as relações, e ele conhece apenas os conceitos abstratos que, por essa razão, transformam-se para ele também em 'fantasmas'. 'Por outro lado', ele entrevê às vezes, com certeza, que tudo isso 'não é mais do que ofuscamento e que 'o poder do indivíduo' depende em muito de que outros vinculem seu próprio poder com o dele. Ao final das contas, porém, tudo se reduz à 'loucura' de que os indivíduos 'não creem poder voltar a retirar seu poder'. O trem já não pertence, agora, 'realmente', aos acionistas, mas sim aos estatutos; Sancho menciona em seguida o exemplo cabal do direito hereditário. Não explica este direito pela necessidade da acumulação e da família vigente antes do direito, mas sim pela *ficção jurídica do prolongamento do poder* além da morte. Esta ficção jurídica é abandonada cada vez mais por todas as legislações, na medida em que a sociedade feudal vai se transformando na sociedade burguesa". MARX, Karl. ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã: crítica da novíssima filosofia alemã em seus representantes Feuerbach, B. Bauer e Stirner, e do socialismo alemão em seus diferentes profetas**. Tradução de Marcelo Backes. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007 p. 408, grifos dos autores.

validade às escolhas feitas com base na estrutura do poder dominante, e permitindo, a partir de uma realidade *burguesa*¹⁰⁷ de dominação, a aplicação das ideias mais relevantes desta específica classe dominante para o alcance de seus próprios objetivos, reforçando e substituindo, nessa medida, a violência por uma *ideia do direito*, fulcrada na legalidade das decisões políticas tomadas, de forma que tais decisões seriam, assim, algo como uma síntese ou resultado daquele que se traduziria pela expressão “aquilo que é melhor para todos”, vale dizer, para todas as classes integrantes de uma determinada sociedade.

É a partir de Marx, então, que o direito (e, com especial ênfase, o direito penal) passará a ser visto não mais apenas como forma de regular a vida em sociedade e, modernamente, as relações de propriedade privada, mas sim, agora, como instrumento da classe dominante para, com o surgimento do Estado, perpetuar a exploração econômica e política dos demais estratos sociais subalternos.

Em terceiro lugar, não se pode em absoluto desprezar as contribuições da sociologia e da psicanálise em discriminar como a imposição decorrente do exercício do poder por meio do direito penal e do seu mecanismo de excelência (o cárcere) conduz a quadros de etiquetamento social, percebidos a partir das diferenças e desigualdades sociais, e reforça os meios de controle, constituindo propriamente um instrumento criminalizador e com o cárcere cumprindo, predominantemente, a função punitiva.

Essas novas bases de crítica teórica que se estabelecem em discurso ganham destaque em especial com a gravíssima crise que atinge a instituição prisão com mais força, inclusive, a partir da segunda metade do século XX.

Essa crise será examinada, doravante, a partir de quatro discursos críticos de seu estabelecimento como resposta principal ao fenômeno criminal (apartado, o quanto possível, de digressões históricas), preparando terreno para, no momento oportuno deste trabalho, discutir-se as atuais tendências do problema, e a viabilidade, ou não, de se tratar as questões últimas do Direito Penal por meio do cárcere.

¹⁰⁷ Burguesa aqui referida como a dominação ideológica detentora do comando ideológico e político da sociedade.

O primeiro desses discursos críticos assenta-se na vasta obra de Michel Foucault, que, em trabalhos como “A Arqueologia do Saber”¹⁰⁸, “O Sujeito e o Poder”¹⁰⁹, “A Ordem do Discurso”¹¹⁰, “Microfísica do Poder”¹¹¹, “Vigiar e Punir”¹¹², “Em defesa da sociedade”¹¹³ e “A verdade e as formas jurídicas”¹¹⁴, entre outros, centra sua abordagem na construção dos mecanismos de estruturação do poder e na elaboração do discurso decorrente do exercício dos microcosmos de poder no tecido social, partindo de uma arqueologia do saber para, forte em Nietzsche, alcançar uma *genealogia* do poder¹¹⁵. Para Foucault, são os diversos modos de mecanismos de poder que, de maneira positiva, conduzem à produção de verdades, que, por sua vez, legitimarão os efeitos do poder, havendo portanto intrínseca e indissociável relação entre poder e saber, saber e poder¹¹⁶, compreendido o saber como um nível particular de discursos que se situam entre a opinião e o conhecimento científico.

Tomando a análise da constituição histórica dos saberes *sobre o homem*, Foucault desenvolve em suas pesquisas uma *arqueologia do saber*, dirigindo suas pesquisas para investigações relativas à constituição histórica de “saberes” em

¹⁰⁸ FOUCAULT, Michel. **A arqueologia do saber**. 8ª ed. Tradução de Luiz Felipe Baeta Neves. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013.

¹⁰⁹ FOUCAULT, Michel. **O sujeito e o poder**. Disponível em <http://www.uesb.br/eventos/pensarcomfoucault/leituras>. Acessado em 09.09.2013.

¹¹⁰ FOUCAULT, Michel. **A Ordem do Discurso: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970**. 21ª ed. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Loyola, 2011.

¹¹¹ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

¹¹² FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. 37ª ed. Tradução de Raquel Ramalhete. São Paulo: Vozes, 2009.

¹¹³ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

¹¹⁴ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 4ª ed. Tradução de Eduardo Jardim e Roberto Machado. Rio de Janeiro: Nau, 2013.

¹¹⁵ “Eis como Foucault define a genealogia: ‘Chamamos, se quiserem, genealogia o acoplamento que permite a constituição de um saber histórico das lutas e a utilização desse saber nas táticas atuais (*Il faut défreindre la société*, 1975-1976. Paris: Gallimard, 1997, p. 9-10)”. FOUCAULT, Michel. **Coleção Ditos e Escritos, Vol. VIII: segurança, penalidade, prisão**. Organização e seleção de textos de Manoel Barros da Motta. Tradução de Vera Lucia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012, p. 46.

¹¹⁶ SILVA, Luana de Carvalho. **O princípio da culpabilidade e a produção de sujeitos**. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2008, p. 31. Disponível em <<http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080//dspace/handle/1884/14223>>.

discursos reputados como verdadeiros, em detrimento de outros assim não considerados¹¹⁷.

A construção do saber é central nessa fase dos estudos foucaultianos. Dentro do tipo de sociedade moderna que se apresenta, o discurso produzirá saberes e controlará os sujeitos, construindo-os também em certa medida. Contudo, o saber não é compartilhado por todos. Em verdade, “um grupo reduzido de sujeitos mantém discursos e determina quem pode partilhá-los e até onde, ao mesmo tempo em que se beneficiam propalando um discurso público do qual somente uns poucos sabem suas regras, seus recursos, seus segredos”¹¹⁸.

O avanço das pesquisas de Michel Foucault o permitiu, então, partir da averiguação da construção dos saberes e formação do homem para então analisar o “por que dos saberes”¹¹⁹, objetivando agora buscar explicações para sua existência e também para suas mutações, colocados esses saberes, agora, como peças das próprias relações de poder.

Em determinado período histórico (mais especificamente a partir dos anos 70 do século passado), portanto, observa-se tal alteração e um câmbio de perspectiva, com um transladar da arqueologia dos saberes para a genealogia, à vista de que, com os saberes construindo o poder e este, por sua vez, determinando comportamentos e a própria vida dos sujeitos, é absolutamente imprescindível agora compreender o próprio mecanismo do poder. Foucault procura deixar claro, desde sempre, que o poder não

¹¹⁷ “As formações discursivas e as modalidades enunciativas, o regime dos objetos e o regime dos conceitos, as estratégias, os enunciados, as mudanças e transformações dos discursos sérios, daqueles que são considerados verdadeiros e são ratificados por um *corpus* institucional e de saber, esses são os assuntos que Foucault havia trabalhado em *A arqueologia do saber*. Retoma a problemática em *A ordem do discurso*, relacionando pontualmente suas reflexões sobre o discurso com suas atuais preocupações sobre o poder”. DÍAZ, Esther. **A filosofia de Michel Foucault**. Tradução de Cesar Candiottto. São Paulo: UNESP, 2012, p. 86.

¹¹⁸ DÍAZ, *idem*, p. 90.

¹¹⁹ “As principais teses de Foucault sobre a relação de saber e poder são sumamente importantes para nosso campo e nossa região marginal, o que nos obrigará a retornar a algumas delas em outras ocasiões. Sua epistemologia institucional é quase indiscutível e explica, em grande parte, tanto a natureza das respostas à deslegitimação em nossa região marginal latino-americana, como também algumas contradições positivas entre um saber gerado por agências centrais e disfuncional para as agências da região periférica e, muito especialmente, sugere a possibilidade de pensar (repensar) a ‘colônia’ (‘neocolônia’ e ‘região marginal’) com o paradigma da ‘instituição de sequestro’. É desnecessário dizer que, no âmbito criminológico, está claríssima a relação entre a criminologia etiológica e a prisão”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. 5ª ed. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 63.

pode ser percebido e interpretado como um objeto natural, algo estanque. O poder é uma prática social que se configura entre e de acordo com as diversas ações sociais desenvolvidas pelos sujeitos. O poder é uma prática social, à evidência, e, como tal, é também construído historicamente (à referência dos saberes). Esse câmbio de perspectiva, como assinalado, é o que permite a Roberto Machado concluir, portanto, que a mutação percebida em obras como *A verdade e as formas jurídicas*, de 1976, e *Vigiar e Punir*, de 1975, foi o resultado da introdução das análises históricas da questão do poder como um instrumento capaz de explicar e explicitar o desenvolvimento deste mecanismo e, ainda, a própria produção dos saberes¹²⁰.

A percepção dos saberes por meio do poder e, destarte, a percepção da sujeição destes saberes, permite o reconhecimento de um saber histórico de luta dialético, e assim, para Foucault, a missão da genealogia consiste em revelar sujeitos a partir da percepção dos saberes desprezados e reduzidos pelo mecanismo de poder. Já não está aqui Foucault rigorosamente interessado na revelação e no exercício do poder soberano, aquele tipo de poder caracterizado pela centralidade do Estado e pela imposição do seu aparelho estrutural, e que, para o contratualismo, é a relação única de poder, ou ao menos é a única que importa. Foucault volta suas atenções para a microfísica ou o microcosmo do poder¹²¹: a sujeição dos saberes não decorre somente da atuação do poder soberano sobre os sujeitos, mas outros poderes, “micropoderes ou outras relações de poder”, derivados de toda e qualquer situação estabelecida a todo momento dentro do corpo social, todavia afastados da esfera da soberania (embora nunca em oposição ao Estado)¹²². Destarte, para Foucault, a sociedade moderna está

¹²⁰ Roberto Machado in FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979. Apresentação à obra, p. X.

¹²¹ “Ao construir a possibilidade de libertar da sujeição tais saberes históricos e torná-los capazes de oposição e luta contra a coerção do discurso único, total, científico e verdadeiro, Foucault aponta para um novo importante aspecto da análise *genealógica*: o poder. Desse modo, textos como *Vigiar e Punir* e a *História da Sexualidade* (dos anos 70), trabalham sobre um eixo de pesquisa que envolve o discurso (sobre o Direito Penal ou sobre a sexualidade) e as relações de poder (no interior das prisões, dos manicômios, das escolas, dos hospitais). Não se trata mais de construir uma análise discursiva sobre as punições ou sobre a repressão à sexualidade, mas algo além. É buscar no nível das práticas diárias, no conhecimento acumulado e exercido cotidianamente no interior das penitenciárias, dos hospitais e das escolas, as relações de poder existentes que de uma forma particular acabam criando os saberes e sujeitando sua dinâmica”. (SILVA, 2008, *op. cit.*, p. 33).

¹²² “Por saber dominado, entendo duas coisas: por um lado, os conteúdos históricos que foram sepultados, mascarados em coerência funcionais ou em sistematizações formais. Concretamente: não foi uma semiologia da vida asilar, nem uma sociologia da delinquência, mas simplesmente o aparecimento

constituída por um poder jurídico-político (o poder estatal soberano) e por esses outros “micropoderes”, ou “poderes normalizadores”. E, como poderes normalizadores, Foucault identifica o *poder disciplinar* e o *poder biopolítico*, e é especialmente acerca do primeiro que se voltará a atenção neste trabalho para a obra de Foucault.

Já o segundo desses discursos críticos pode ser identificado com os postulados de Eugeny Bronislanovich Pasukanis, Juarez Cirino dos Santos, Ian Taylor, Paul Walton e Jock Young (dentre outros), postulados estes que constroem, em grande medida, a linha teórica conhecida por “Discurso Crítico Materialista/Dialético da Pena Criminal”, e que revelam o assumir das teorias marxistas quanto ao controle dos meios de produção pela classe dominante e a consequente imposição da ideologia desta também por meio do Direito Penal, fundamentando-se na tese de que a ideia de *retribuição equivalente da pena* (e, principalmente, do *cárcere*) traduz-se em um fenômeno social muito específico das sociedades capitalistas e que, por seu turno, seria o próprio objetivo final do sistema penal, compreendida então como forma replicada da organização social do modo de produção capitalista para dentro de um sistema penal inserido em uma sociedade basicamente disposta pela luta de classes e, portanto, comprometida com o controle social¹²³.

Nessa linha, a função da retribuição equivalente da pena criminal corresponde, no âmbito da zona de controle do direito penal, aos fundamentos materiais e ideológicos das sociedades estabelecidas na relação capital/trabalho assalariado, como

de conteúdos históricos que permitiu fazer a crítica efetiva tanto do manicômio quanto da prisão; e isto simplesmente porque só os conteúdos históricos podem permitir encontrar a clivagem dos confrontos, das lutas que as organizações funcionais ou sistemáticas têm por objetivo mascarar. Portanto, os saberes dominados são estes blocos de saber histórico que estavam presentes e mascarados no interior dos conjuntos funcionais e sistemáticos e que a crítica pode fazer reaparecer, evidentemente através do instrumento da erudição. Em segundo lugar, por saber dominado se deve entender outra coisa e, em certo sentido, uma coisa inteiramente diferente: uma série de saberes que tinham sido desqualificados como não competentes ou insuficientemente elaborados: saberes ingênuos, hierarquicamente inferiores, saberes abaixo do nível requerido de conhecimento ou de cientificidade. Foi o reaparecimento destes saberes que estão embaixo – saberes não qualificados, e mesmo desqualificados, do psiquiatrizado, do doente, do enfermeiro, do médico paralelo e marginal em relação ao saber médico, do delinquente, etc., que chamarei de saber das pessoas e que não é de forma alguma um saber comum, um bom senso mas, ao contrário, um saber particular, regional, local, um saber diferencial incapaz de unanimidade e que só deve sua força à dimensão que o opõe a todos aqueles que o circundam – que realizou a crítica”. FOUCAULT, 1979, *op. cit.* p. 170.

¹²³ BUSATO, *op. cit.*, p. 792.

correspondente jurídico das sociedades contemporâneas assentadas nos marcos da relação de produção e dos mecanismos de manutenção desta¹²⁴.

A partir deste ponto, então, o que se tem é o propósito de pensar o controle social novamente sob a temática da *disciplina*, mas com um enfoque diverso do enfoque foucaultiano da questão: a partir da reflexão de que as relações direta ou indiretamente reguladas pelas normas penais e pelo cárcere reproduzem o binômio marxiano capital/trabalho assalariado das sociedades contemporâneas estabelecidas sob o paradigma da “era do capital”¹²⁵, surge a tese de Georg Rusche e Otto Kirchheimer no sentido de que “todo sistema de produção tende a descobrir punições que correspondem às suas relações produtivas”, construindo, assim, uma aproximação jurídico-política entre mercado de trabalho (e relações de mercado) e sistema de punição (e relações de poder punitivo). Nessa medida, segundo Juarez Cirino dos Santos, o trabalhador integrado no mercado de trabalho é controlado pela disciplina do capital, enquanto o trabalhador fora do mercado de trabalho é controlado pela disciplina da prisão. O controle social fundado nas relações de produção como forma de manter e reproduzir a dominação de uma determinada classe sobre as demais constitui na linha argumentativa fundamental deste segundo tipo de discurso crítico da pena criminal e do

¹²⁴ CIRINO, 2010, *op. cit.*, p. 436. E ainda: “A teoria *materialista/dialética* da história parte do princípio de que a produção e a circulação de mercadorias é o *fundamento material* da ordem social capitalista. A síntese do *materialismo histórico* foi formulada por Marx no célebre Prefácio de 1859, que apresenta o método do estudo das formações sociais modernas. Segundo essa concepção, o Direito e o Estado não podem ser compreendidos por si mesmos, mas pelas *relações da vida material* da sociedade civil, cuja anatomia é representada pela economia política. Na produção da vida social, os homens entram em *relações de produção* determinadas e necessárias, cujo conjunto constitui a *estrutura econômica* da sociedade, a base real sobre a qual se elevam *superestruturas* jurídicas e políticas, e à qual correspondem determinadas formas de consciência social. O *modo de produção* da vida material condiciona os processos da vida social, política e intelectual, em geral: não é a consciência dos homens que determina o ser, mas o ser social que determina a consciência. O conceito de *modo de produção* contém a dialética de *forças produtivas* e *relações de produção*: a princípio, as relações sociais de produção – ou relações de propriedade – correspondem às forças produtivas materiais (homens, tecnologia e natureza), mas em determinado estágio de desenvolvimento as forças produtivas entram em contradição com as relações de produção, que se transformam em entraves ao seu desenvolvimento, abrindo um período histórico de revolução social. Nesses períodos de transformação histórica deve-se distinguir a mudança das *condições econômicas de produção*, que permitem verificação científica rigorosa, por um lado, e a alteração das *formas ideológicas, jurídicas e políticas* pelas quais os homens definem e disciplinam os conflitos sociais, por outro lado. Essas épocas históricas não podem ser avaliadas por sua consciência jurídica, política ou filosófica, mas pelas *contradições da vida material*, constituídas pelo conflito entre forças produtivas e relações de produção” (pp. 436-437, grifos do autor).

¹²⁵ Vide, por todos: HOBBSAWN, Eric. **A Era do Capital**. 15ª ed. Tradução de Luciano Costa Neto. São Paulo: Paz e Terra, 2012.

cárcere, com interessantes reflexos na compreensão do castigo com a complexificação dos problemas estruturais na sociedade pós-moderna.

O terceiro dos discursos críticos que interessam a esta pesquisa é conhecido como “Teoria Agnóstica ou Negativa da Pena”, e tem proposta fundada em posição extrema: reconhece que a pena criminal (sobretudo a pena de prisão), na grande maioria dos casos penais colocados em julgamento perante o poder judiciário, não consegue cumprir nenhuma das funções apresentadas pelo discurso da dogmática jurídica-penal¹²⁶, e que suas *funções latentes* não são conhecidas em sua integralidade. Partindo de comparações teóricas e empíricas entre os modelos ideais de Estado de polícia e Estado de direito (análise importantíssima para o desenvolvimento da teoria negativa da pena), Nilo Batista e Eugenio Raúl Zaffaroni¹²⁷ assinalam que a crise da legitimidade penal decorrente do completo insucesso das funções oficiais da pena criminal não será superada por uma nova teoria punitiva, mas sim se valendo de uma epistemologia negativa ou agnóstica da pena, a fim de que este novo recorte de *negação* das funções oficiais/manifestas da pena criminal permita vislumbrar um novo horizonte do direito penal que enfim deixe de reiterar e legitimar todos os elementos do Estado de polícia, assumindo o propósito de limitar de forma política e juridicamente válida o próprio poder punitivo oficial¹²⁸.

Em tal perspectiva,

a questão é *como obter um conceito de pena sem apelar para suas funções manifestas*. A este respeito não é tampouco viável a tentativa de fazê-lo *através de suas funções latentes*, porque estas são múltiplas e nós não as conhecemos em sua totalidade: a polêmica nesse sentido está aberta, constituindo um dos temas mais apaixonantes da criminologia, da macrosociologia e da política, pois a pena é um fenômeno social, total, essencialmente complexo. Pouco se ganha apelando ao conceito sociológico de *controle social*: ainda que ele disponha de certa tradição em seu saber de origem, não é inequívoco e, de certa forma, não passa de ser uma denominação. As únicas proposições que podem ser afirmadas acerca de suas funções latentes são: a) que se trata de um complexo heterogêneo; b) que diferem em razão dos conflitos sobre os quais são exercidas; c) que qualquer enunciado redutor desemboca no simplismo; d) que as funções latentes da pena não podem ser isoladas do desempenho total do poder punitivo e, por conseguinte, de seu exercício mais significativo e para o qual a pena é quase um pretexto: o poder de vigilância; e) que, em qualquer caso, o poder punitivo exercido com a pena constitui somente

¹²⁶ Analisadas no primeiro capítulo deste trabalho.

¹²⁷ Com a colaboração de Alejandro Alagia e Alejandro Slokar.

¹²⁸ ZAFFARONI *et alii*, *op. cit.*, p. 98.

uma parte ínfima, tendo em vista as dimensões do poder de vigilância, do paralelo e do subterrâneo¹²⁹.

Em suas formulações, os teóricos da linha agnóstica ou negativa da pena compreendem não ser possível que a pena criminal possa ser racionalmente explicada e sustentada pela compreensão de suas funções, sejam as oficiais, ou as latentes. Dessa forma, não havendo qualquer contribuição positiva para a construção do conceito de pena, assinalando que a caracterização de tal conceito somente pode se dar de forma negativa e por exclusão. Com a rejeição da pena para o enfrentamento dos problemas decorrentes do fenômeno criminal-criminológico, a teoria negativa-agnóstica da pena procura apontar que a “via reparadora foi largamente utilizada antes de a pena firmar-se como instrumento de subtração do conflito das mãos da vítima, e sugerem a via reparadora como fórmula de recuperação da legitimação”¹³⁰.

Ao fundamento de que a pena e, conseqüentemente, o cárcere, não podem funcionar como proposições válidas para a resposta aos conflitos sociais que tenham relação com uma minimamente estável vida humana em sociedade, a teoria negativa da pena surge como forte discurso crítico que, por sua importância, não pode ser apartado do debate que envolve este complexo fenômeno social (a pena, como acima indicado).

Por fim, o quarto discurso crítico tomado como referencial teórico nesta parte do trabalho em pauta consubstancia-se no chamado *labeling approach* e o produto do etiquetamento social de determinados comportamentos individuais em sua interação com aquilo que, também neste trabalho, comumente se denomina *delinquência*, a ter como referenciais teóricos Howard Becker, Alessandro Baratta e Erving Goffman.

Essa aproximação, de cunho estritamente sociológico, busca desenvolver análise teórica e empírica sobre as categorias do denominado *comportamento desviante*, a revelar verdadeiro processo social de rotulação de determinados tipos de comportamento, questionando, a partir deste lugar, se o comportamento desviante deve ser compreendido tal como se fora algo já preestabelecido como violador dos interesses sociais mais profundos, ou se, ao contrário, deve ser interpretado como resultado de um

¹²⁹ ZAFFARONI *et alii*, *idem*, *ibidem*, grifos dos autores.

¹³⁰ BUSATO, *op. cit.*, p. 796.

processo social que, a partir de interesses que defluem do grupo estabelecido em posição superior nesta relação de poder, identifica e rotula desvios dentro do corpo social, punindo-os, ou não, dependendo sempre da estrutura concreta em cada situação fática¹³¹.

Conforme assinala Baratta, as teorias do *labeling approach* ou da “reação social” partem do marco de que não se pode compreender a delinquência sem se debater e estudar a fundo a própria ação do sistema penal nesta relação dialética, que define a delinquência e reage contra ela, a se imiscuir e inserir, sistematicamente, desde as normas abstratas que criminalizam condutas (e, em certos casos, comportamentos e estados) até a ação concreta do que Baratta denomina de *instâncias oficiais* (aparelho policial, Ministério Público, juízes, instituições penitenciárias). Assim, explica Baratta, o *status* social de delinquente pressupõe, por evidente, o efeito da ação das *instâncias oficiais* de controle social da delinquência, e que, sem o alcance pela atividade destas instâncias oficiais, outro não se revestirá deste *status* social ainda que realize o mesmo comportamento punível abstratamente¹³².

É desse lugar que Howard Becker assinala que a concepção sociológica tradicional do desvio, que o define como *infração de alguma regra geralmente aceita*, ignora o fator central acerca do desvio: ele é criado e estabelecido pela própria sociedade, e, desse modo, o próprio grupo social cria o desvio ao elaborar as regras cuja infração constitui desvio, e, ainda, ao aplicar tais regras a indivíduos e, nesse

¹³¹ “Isso porque, em última instância, o teste crucial da fecundidade ou da esterilidade de uma teoria sociológica é a fecundidade ou esterilidade das investigações empíricas estimuladas por ela e nela fundamentadas. Sob muitos aspectos, o estudo de Wilson Parva foi um desses testes. Mostrou em ação uma teoria das configurações. As comunidades e bairros são um tipo específico de configuração. O estudo mostrou o alcance e as limitações das opções que elas davam aos indivíduos que as compunham. Podemos imaginar um recém-chegado que se instalasse no loteamento ou na ‘aldeia’. Quer chegasse sozinho ou com a família, ele certamente disporia de algumas alternativas. Poderia, como fizeram muitas pessoas do loteamento, ‘manter sua reserva’. Poderia seguir a minoria desordeira. Poderia tentar penetrar lentamente na sociedade da ‘aldeia’. Poderia decidir rapidamente que nem a ‘aldeia’ nem o loteamento lhe convinham como bairros e se mudar. Mas, caso permanecesse, tornando-se um ‘vizinho’, não teria como deixar de ser apanhado nos problemas configuracionais existentes. Seus vizinhos começariam a ‘situá-lo’. Cedo ou tarde, ele seria afetado pelas tensões entre os ‘estabelecidos’ e os ‘outsiders’. E, se morasse ali por tempo suficiente, o caráter específico de sua comunidade afetaria sua vida; as configurações de que faria parte adquiririam algum poder sobre ele”. ELIAS, Norbert. SCOTSON, John L. **Os estabelecidos e os outsiders: sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade**. Tradução de Vera Ribeiro. Revisão técnica de Federico Neiburg. Rio de Janeiro: Zahar, 2000, pp. 184-185.

¹³² BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e criminologia do direito penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 86.

processo, rotulá-los de *desviantes*. Destarte, de acordo com Becker, o desvio não está no ato em si, na sua concretização, mas na sua consequência. assim, o desviante seria alguém a quem esse rótulo foi aplicado com sucesso, e, por seu turno, o comportamento desviante seria aquele que os demais integrantes de um certo grupo social rotulam como tal¹³³.

Se o processo de exclusão e descarte sociais tem como engrenagem fundamental a rotulação, e se a rotulação é especialmente danosa àqueles que particularmente experimentam esse processo mediante a prisonização, o cárcere não pode deixar de ser objeto de temática sociológica. E tal abordagem, por seu turno, converte-se em discurso crítico do cárcere enquanto instituição *total*.

2.1 O LABELING APPROACH E O ETIQUETAMENTO DO INDIVÍDUO: CONTEXTOS DE CÁRCERE

Apesar de receber forte crítica inclusive da chamada “Nova Criminologia”, por conta de sua suposta “neutralidade” quando à identificação das condições materiais relacionadas aos mecanismos de controle social e sua utilização pelo grupo social política e economicamente dominante, as teorias sociológicas norte-americanas, aqui tomadas a partir do referencial da *teoria do etiquetamento*, fundamentalmente desenvolvida por Howard S. Becker e Erving Goffman, são extremamente importantes para compreender a concepção de crime pela perspectiva sociológica, o modo como se implementa a reação social à delinquência, e, ainda, a compreensão dos *contextos de cárcere* como função reprodutora da marginalização social, da reprodução das fissuras sociais e, nessa medida, da reprodução da própria delinquência (em escala de evolução quantitativa e qualitativa).

A partir de uma concepção sociológica mais “relativística” do desvio, Howard S. Becker aponta que sob tal concepção se identifica o desvio como uma falha na

¹³³ BECKER, Howard S. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Tradução Maria Luiza X. de Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008, p. 21-26.

obediência das regras do grupo, vale dizer, uma vez descritas as regras que um grupo impõe a seus membros, é possível estabelecer com razoável precisão se uma pessoa as violou, ou não, sendo, desse modo, um comportamento desviante a partir desta concepção¹³⁴. Essa visão “relativizante” da sociologia tem o condão de colocar em crise a linha artificialmente construída de discriminação, sobretudo mediante a utilização do direito, entre atitude interior conformista e atitude desviante (esta última, reprovável), que em última análise é feita sobre a base de uma assunção acrítica do conjunto de valores e dos modelos de comportamento resguardados pelo direito por meio do sistema penal, a remeter, no extremo, ao princípio fundamental da divisão entre *o bem* e *o mal*, caracterizador da ideologia penal. O reconhecimento da existência de uma minoria desviante, neste patamar, significaria um reprovável inconformismo em relação a esse conjunto de valores, em uma negação reprovável do mínimo ético protegido pelo sistema penal, em específico em razão da possibilidade de agir diversamente¹³⁵.

Todavia, apesar da importância da relativização apresentada pela concepção sociológica do desvio, Becker aponta que tal concepção, embasada no pressuposto de

¹³⁴ BECKER, *idem*, p. 20.

¹³⁵ BARATTA, *op. cit.*, p.74. Destaca ainda: “Não pretendemos nos aprofundar, aqui, na questão espinhosa e difícil da relatividade do sistema de normas e de valores recebido pelo sistema penal, da sua relação com a ‘consciência social’, das suas prerrogativas positivas (o bem) em face dos sistemas alternativos de valores e regras, presentes e aplicados no âmbito de grupos restritos (subculturas criminais). Contudo, bastará citar alguns dados relativos à perspectiva sociológica sobre esta ordem de problemas. Eles são, em geral, enfrentados pelos juristas partindo de uma série de pressupostos não refletidos criticamente e não confirmados por análises empíricas. Estes pressupostos são os seguintes: a) o sistema de valores e de modelos de comportamento recebido pelo sistema penal corresponde aos valores e normas sociais que o legislador encontra preconstituídos, e que são aceitos pela maioria dos consócios; b) o sistema penal varia em conformidade ao sistema de valores e regras sociais. A investigação sociológica mostra, ao contrário, que: a) no interior de uma sociedade moderna existem, em correspondência à sua estrutura pluralista e conflitual, em conjunto com valores e regras sociais comuns, também valores e regras específicas de grupos diversos ou antagônicos; b) o direito penal não exprime, pois, somente regras e valores aceitos unanimemente pela sociedade, mas seleciona entre valores e modelos alternativos, de acordo com grupos sociais que, na sua construção (legislador) e na sua aplicação (magistratura, polícia, instituições penitenciárias), têm um peso prevalente: c) o sistema penal conhece não só valorações e normas conformes às vigentes na sociedade, mas também defasamentos em relação a elas; frequentemente acolhe valores presentes somente em certos grupos ou em certas áreas e negados por outros grupos e em outras áreas (pense-se no tratamento privilegiado, no código italiano, do homicídio por motivo de honra) e antecipações em face das reações da sociedade (pense-se na perseguição de delitos que não suscitam, ou ainda não suscitam, uma apreciável reação social: delitos econômicos, delitos de poluição ambiental) ou retardamentos (pense-se na perseguição de delitos em face dos quais a reação social não é mais apreciável, como determinados delitos sexuais, o aborto, etc.); d) enfim, uma sociologia historicista e crítica mostra a relatividade de todo sistema de valores e de regras sociais, em uma dada fase do desenvolvimento da estrutura social, das relações sociais de produção e do antagonismo entre grupos sociais, e por isso, também a relatividade do sistema de valores que são tutelados pelas normas do direito penal” (pp. 75-76).

que aqueles que infringiram uma norma constituem uma mesma categoria homogênea a ter como centro o mesmo ato desviante, acaba por ignorar um dado fundamental na compreensão do desvio: ele é criado pela própria sociedade, no sentido de que grupos sociais criam um desvio qualquer ao fazer as regras cuja infração constitui o próprio desvio, e ao aplicar tais regras a pessoas particulares e rotulá-las como “outsiders”. Nessa medida, o desvio não está no ato em si, mas em sua consequência. O desviante, segundo Becker, é alguém a quem esse rótulo foi aplicado com sucesso no âmbito de uma determinada comunidade social; o comportamento desviante, então, é aquele que as pessoas integrantes de um grupo social rotulam como tal¹³⁶.

Importante destacar, ainda com Becker, que o processo de rotulação tem peculiaridades que merecem destaque. Nessa quadra, seria possível então identificar empiricamente algumas pessoas rotuladas como desviantes sem que tenham de fato infringido qualquer regra, bem como identificar empiricamente a existência de diversos tipos de violadores das regras sociais que conseguem escapar à detecção e, assim, deixam de ser incluídos na população de “desviantes”. Não por outro motivo, Baratta assinala com propriedade que o *status* social de delinquente pressupõe, necessariamente, a incidência da atuação das agências oficiais de controle social da delinquência, enquanto, por não ser alcançado ou não estar ao alcance dessas agências ou instâncias, deixa de adquirir tal *status* aquele que realiza o mesmo comportamento punível perpetrado pelo rotulado *delinquente desviante*¹³⁷. Significa dizer que, uma vez rotulado alguém como determinado tipo de pessoa, é provável que o corpo social passe a tratá-lo de maneira diferente daqueles que, embora cometam o mesmo ato violador da norma social, por alguma razão não tenham sido rotulados. O desviante, nos termos de Howard S. Becker, é alguém do corpo social a quem esse rótulo foi aplicado com sucesso.

Segue aí então uma característica crucial para o enfoque do etiquetamento ou da rotulação: as causas do desvio não estão localizadas na situação social do desviante ou em fatores sociais que estimulam sua ação. Antes, em verdade são os grupos sociais que criam o desvio ao construir as regras cuja infração constitui desvio, e, em

¹³⁶ BECKER, *op. cit.*, p. 22.

¹³⁷ BARATTA, *op. cit.*, p.74.

consequência, aplicar essas regras a pessoas em particular e, então, rotulá-las como *outsiders* ou desviantes. Ao colocar ênfase não no comportamento individual do sujeito, mas na natureza das normas sociais e nos rótulos que se fazem incidir sobre as pessoas que violam tais normas ou na reação social que provocam, as teorias do etiquetamento ou da rotulação acabam por rechaçar explicações genéticas, psicológicas ou multifatoriais como causas absolutas do desvio e da própria delinquência.

À medida que a categoria carece de homogeneidade e deixa de incluir todos os casos que lhe pertencem, não é sensato esperar encontrar fatores comuns de personalidade ou situação de vida que expliquem o suposto desvio. O que é, então, que pessoas rotuladas como desviantes têm em comum? No mínimo, elas partilham o rótulo e a experiência de serem rotuladas como desviantes. Começarei minha análise com esta similariedade básica e verei o desvio como o produto de uma transação que tem lugar entre algum grupo social e alguém que é visto por esse grupo como infrator de uma regra. Estarei menos interessado nas características pessoais e sociais dos desviantes que no processo pelo qual eles passam a ser considerados *outsiders* e suas reações a esse julgamento¹³⁸.

Também aqui, são os processos, os procedimentos, os mecanismos que interessam, e não exatamente o resultado final, a característica específica de um indivíduo considerado desviante, ou a sua condição biológica ou de interação social. Para Becker e outros teóricos da reação social, como precisamente apontam Young, Walton e Taylor, o comportamento desviante deve ser compreendido como o produto de uma interação que se produz entre um grupo social e um indivíduo a que esse grupo considera infrator das normas sociais, embora com a ressalva de que a ação do indivíduo não pode ser entendida como se inserida em um universo isento de significados sociais¹³⁹.

¹³⁸ BECKER, *op. cit.*, p. 22.

¹³⁹ TAYLOR, Ian. WALTON, Paul. YOUNG, Jock. **La nueva criminología: contribución a una teoría social de la conducta desviada**. Tradução de Adolfo Crosa. Buenos Aires: Amorrurtu, 2007, p. 173. Ao fazer um contraponto crítico, asseveram: “Diferentemente desses teóricos (do etiquetamento ou rotulação), sustentamos que em sua maioria a conduta desviada é uma qualidade do ato, porque a distinção entre conduta e ação radica no fato de que a primeira é meramente física e a segunda tem um significado socialmente dado. No caso do fumador de marijuana (maconha), é óbvio que sua ação está motivada por razões hedonistas, mas há uma diferença essencial entre realizar um ato aceito universalmente como prazeroso e um ato prazeroso que muita gente qualifica de desviado e, neste caso, de ilegal. A consciência de que um ato é desviado modifica radicalmente a natureza das opções que se fazem” (p. 175).

Considerado, portanto, o *processo* de construção do rótulo a partir de uma determinada reação social, surge a percepção de que conforme um grupo tenta impor suas regras a outros na sociedade, imediatamente se coloca uma questão central nesta teorização: quem, de fato, obriga outros a aceitar suas regras e quais são os motivos de seu êxito? Para Becker, “esta é, claro, uma questão de poder político e econômico”¹⁴⁰.

Aparece aqui uma aproximação importante com a investigação levada a efeito neste trabalho. O *processo* de construção de um comportamento que deverá ser, no seu termo final, considerado desviante, passa pelo exercício das relações de poder e da posição das classes sociais rotuladoras e rotuladas dentro da mecânica das próprias relações de poder.

Fácil perceber que os atos de imposição de um comando social, como exercício de relação de poder, “não decorrem automaticamente da infração de uma regra. A imposição é seletiva, e diferencialmente seletiva entre tipos de pessoa, em diferentes momentos e em diferentes situações”¹⁴¹. Baratta faz, justamente nessa “aproximação”, um esclarecimento de primordial relevância: bem ao contrário da criminologia liberal que informa a ideologia do sistema penal contemporâneo, a criminologia inspirada no *labeling approach*, nesta perspectiva, coloca em dúvida o princípio da prevenção pela pena e, em particular, a concepção reeducativa e ressocializadora da pena criminal. Portanto, a partir do desenvolvimento das teorias da rotulação fulcradas no *labeling approach*, a intervenção das agências oficiais do sistema penal em um determinado conflito de interesses, sobretudo por meio de pena concretizada no *cárcere*, ao invés de produzir um efeito reeducativo, ressocializador ou reintegrador no indivíduo rotulado como desviante, vão determinar, na maior parte dos casos concretos, uma reafirmação

¹⁴⁰ BECKER, *op. cit.*, p. 22.

¹⁴¹ BECKER, *idem*, p. 140. E ainda, assinala: “Desvio – no sentido em que venho usando o termo, de erro publicamente rotulado – é sempre o resultado de empreendimento. Antes que qualquer ato possa ser visto como desviante, e antes que os membros de qualquer classe de pessoas possam ser rotulados e tratados como *outsiders* por cometer o ato, alguém precisa ter feito a regra que define o ato como desviante. Regras não são feitas automaticamente. Ainda que uma prática possa ser prejudicial num sentido objetivo para o grupo em que ocorre, o dano precisa ser descoberto e mostrado. Cabe que as pessoas sejam levadas a sentir que algo deve ser feito acerca dela. Para que uma regra seja criada, alguém deve chamar a atenção do público para esse assunto, dar o impulso necessário para que as coisas sejam realizadas e dirigir as energias suscitadas na direção certa. O desvio é produto de empreendimento no sentido mais amplo; sem o empreendimento necessário para que as regras sejam feitas, o desvio que consiste na infração da regra não poderia existir” (p. 167).

e uma consolidação da identidade desviante do sujeito, com todas as (más) consequências advindas dessa opção política (mais precisamente, de política penal)¹⁴².

Não é objetivo deste trabalho aprofundar as teorias de enfoque na reação social ou que tomam o paradigma do *labeling approach* como referência fundamental. Não se pretende, nesta investigação, verticalizar e debater os inúmeros desenvolvimentos teóricos alcançados pela perspectiva do *labeling approach*, desde a teoria interacionista de Fritz Sack, passando pelos trabalhos comparativos de Norbert Elias, pelo interacionismo simbólico de George H. Mead, até a “etnometodologia” inspirada na fenomenologia sociológica de Alfred Schuz. Em que pese extremamente relevantes para a compreensão de como a rotulação ocorre e quais seus efeitos no âmbito do corpo social, não é exatamente este o objetivo aqui. Pretende-se, neste tópico, inicialmente elucidar a compreensão do processo de rotulação como mecânica do poder, e, em um segundo momento, o alcance da percepção de que esse processo é, antes de tudo, e por ser decorrente do desenvolvimento de uma mecânica do poder, uma *questão política*. Como apontado linhas acima, Becker explicitou seu posicionamento nesse sentido, e Baratta, da mesma forma, percebe o problema a partir da compreensão de sua visceral ligação com uma “interpretação sociopolítica do fenômeno” por meio da qual, em uma dada sociedade, determinados indivíduos, pertencentes a certos grupos sociais e representantes de certas instituições, têm o poder de estabelecer quais crimes devem ser perseguidos, pelo poder de estabelecer normas penais, e o poder de estabelecer quais pessoas devem então ser recriminadas e censuradas, por meio do poder de se fazer aplicar tais normas penais.

Percebida e reconhecida, também na esfera do sistema penal, essa interpretação sociopolítica da relação entre os detentores do poder político e econômico de decidir e os indivíduos subordinados, tal implicação conduz inicialmente à compreensão de que existe um grupo específico de indivíduos que tem ao seu controle a disponibilidade de estabelecer os critérios de identificação das qualidades do crime e do criminoso, grupo este que alcança tal posição no estamento social a partir de procedimentos de escolha e socialização. Contudo, por outro lado, a rotulação do indivíduo em um papel criminal depende, primordialmente, da condição social a que se

¹⁴² BARATTA, *op. cit.*, p. 90.

encontra ligado (o desviante). Apesar de não significar, contrariamente ao que defende a criminologia tradicional, que o pertencer a um estrato social produz no indivíduo uma maior propensão para o comportamento desviante, esta compreensão permite entender que um indivíduo que provém de uma situação social política e economicamente desfavorável deve ter noção de que qualquer tipo de comportamento seu apresenta maior probabilidade de ser, no futuro, definido como desviante ou criminoso por parte dos detentores do controle social institucional e, na sequência, por parte de todo o grupo social¹⁴³.

Estas conotações da criminalidade incidem não só sobre os estereótipos da criminalidade, os quais, como investigações recentes têm demonstrado, influenciam e orientam a ação dos órgãos oficiais, tornando-a, desse modo, socialmente 'seletiva', mas também sobre a definição corrente de criminalidade, que o homem da rua, ignorante das estatísticas criminais, compartilha. Realmente, esta definição de criminalidade, e as correspondentes reações não institucionais por ela condicionadas (a reação da opinião pública e o *alarme social*), estão ligadas ao caráter estigmatizante que a criminalidade leva, *normalmente*, consigo, que é escassíssimo no caso da criminalidade de colarinho branco¹⁴⁴.

E isso produz especial sentido a partir da perspectiva da instituição prisão como modelo totalizante e estigmatizante do indivíduo, ou melhor, de categorias sociais inteiras, fenômeno mais palpável neste momento pós-moderno da sociedade ocidental, latino-americana e brasileira.

A estigmatização do cárcere produz efeitos significativos àquele submetido a esta instituição total, como Erving Goffman¹⁴⁵ descreve de forma bastante acurada.

¹⁴³ BARATTA, *idem*, p. 110-112.

¹⁴⁴ BARATTA, *idem*, p. 103.

¹⁴⁵ "Um fator que tende a ser mais importante é a desculturação, a perda ou impossibilidade de adquirir os hábitos atualmente exigidos na sociedade mais ampla. Outro fator é o estigma. Quando o indivíduo adquiriu um baixo *status* proativo ao tornar-se um internado, tem uma recepção fria no mundo mais amplo – e tende a sentir isso no momento, difícil até para aqueles que não têm um estigma, em que precisa candidatar-se a um emprego ou a um lugar para viver. Além disso, a liberação tende a ocorrer exatamente quando o internado finalmente aprendeu a manejar 'os fios' no mundo interno, e conseguiu privilégios que descobriu, dolorosamente, que são muito importantes. Em resumo, pode descobrir que a liberação significa passar do topo de um pequeno mundo para o ponto mais baixo de um mundo grande. Além disso, ao voltar para a comunidade livre, pode encontrar alguns limites à sua liberdade. (...). Para o homem que sai da prisão, pode haver uma forma de liberdade 'condicional', com a obrigação de apresentar-se regularmente e afastar-se dos círculos de que participava quando entrou na prisão". GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. 7ª ed. Tradução de Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 2005, p. 68-69.

Ao estudar com maior verticalidade o *estigma*, Goffman assinala em sua pesquisa – veiculada na obra “Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada” – que os chamados desviantes sociais, os membros de minorias e as pessoas pertencentes às classes política e economicamente mais débeis, provavelmente, ver-se-ão funcionando como indivíduos estigmatizados em grande parte das situações de sua vida em que conflitam com os poderes constituídos, sofrendo com a carga de perseguição decorrente de sua posição estigmatizada. Nessa medida, “pode-se chamar ‘destoante’ a qualquer membro individual que não adere às normas, e denominar ‘desvio’ a sua peculiaridade”¹⁴⁶.

O desenvolvimento das teorias da criminalidade e da reação social fulcradas no *labeling approach*, no etiquetamento, na rotulação e, por conseguinte, na estigmatização, significou, cientificamente, a superação da criminologia liberal tradicional para a *criminologia crítica*; concepção teórica que entenderá a delinquência não como uma qualidade ontológica de determinados indivíduos ou categorias de indivíduos, mas sim com um *status* que se atribui a determinados indivíduos. Este *status* decorrerá de uma dupla seleção realizada no âmbito da sociedade: em primeiro plano, a seleção dos bens protegidos pelo direito penal e, consequentemente, dos comportamentos violadores destes bens; em segundo plano, a seleção dos indivíduos estigmatizados dentre todos os que praticam violações às normas sociais de natureza penal, passando o estigma, então, a determinar e sinalizar os alvos preferenciais do sistema penal e de suas agências oficiais repressivas.

A grande e definitiva vinculação entre o *labeling approach*, a estigmatização e a prisão é feita por Alessandro Baratta. Com efeito, de acordo com Baratta¹⁴⁷, e é justamente esta a fundamental importância dos postulados tratados neste tópico para a investigação em pauta, a função última do cárcere é a produção de indivíduos *materialmente* desiguais. A prisão nessa medida, ao se constituir como instrumento de controle sociopolítico das camadas mais débeis da sociedade (ocidental, latino-americana, brasileira), permanentemente reproduz e reafirma a marginalização social mediante uma *intervenção estigmatizante* levada a cabo pelo sistema repressivo do

¹⁴⁶ GOFFMAN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. 4ª ed. Tradução de Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. Rio de Janeiro: LTC, 2008, p. 151-158.

¹⁴⁷ BARATTA, *op. cit.*, p. 167.

Estado, que, resultado da mecânica do poder (punitivo), perpetua o estigma e a marginalização de determinados indivíduos e, por vezes, de grupos sociais inteiros. Controle, contenção e exploração, tudo pela via da estigmatização e rotulação, tendo o cárcere como instrumento primeiro de atuação: não fosse pelas teorias fundadas no *labeling approach*, certamente, tal constatação não poderia ser deduzida.

Em suma,

o cárcere representa a ponta do *iceberg* que é o sistema penal burguês, o momento culminante de um processo de seleção que começa ainda antes da intervenção do sistema penal, com a discriminação social e escolar, com a intervenção dos institutos de controle do desvio de menores, da assistência social, etc. O cárcere representa, geralmente, a consolidação definitiva de uma carreira criminosa¹⁴⁸.

2.2 MICHEL FOUCAULT E UMA NOVA TECNOLOGIA DE PODER: O CONTROLE DO CORPO POR MEIO DA INSTITUIÇÃO PRISÃO

De suma importância, para a compreensão da obra de Michel Foucault e da percepção do desenvolvimento das relações de poder (e construção dos saberes), é denotar que seu interesse não está preso exclusivamente no poder da soberania. Segundo Foucault, em paralelo com este grande poder absoluto (“dramático e sombrio”), ou seja, o poder da soberania, surge na Modernidade uma nova *tecnologia de poder* sobre a população como tal, sobre o homem como ser vivo. O poder soberano fazia morrer e deixava viver. Essa nova tecnologia do poder aparece como algo normalizador, regulamentador e disciplinador, e que visa, ao contrário da soberania, *fazer viver e deixar morrer*¹⁴⁹. A estratégia dessa nova tecnologia do poder, pensada finalisticamente, vai dispor agora de mecanismos de construção, coerção, coação, disciplinação e adequação, a atingir todos e cada um dos indivíduos e o próprio corpo social, quer pela individualização, quer pela totalização.

¹⁴⁸ BARATTA, *idem*, *ibidem*.

¹⁴⁹ FOUCAULT, 2005, *op. cit.*, p. 294.

Essa alteração no desenvolvimento dos mecanismos de poder, ou melhor, o surgimento de um novo tipo de mecanismo, é fundamental para se entender, também, a modificação teleológica que se deve agora perceber.

Para Foucault, a grande ritualização pública da morte foi desaparecendo, progressivamente, desde o final do século XVIII, e tal circunstância não se deu simplesmente em razão da alteração dos mecanismos repressivos. Segundo Foucault, isso se deu em razão de uma nova tecnologia de poder. Assim, o que até o final dos Setecentos atribuía importância ao espetáculo de horror da morte pública extremamente violenta e sanguinária, era o fato de que a morte significava uma forma de *transferência de poder*; a morte era o momento culminante desse processo, em que o domínio sobre o ser passava de um poder (o do soberano na terra) para outro poder (o do soberano do além), e tal transferência ou passagem não poderia se dar simplesmente, mas, ao contrário, exigia formalização, exigia ritualização¹⁵⁰.

A era Moderna, na perspectiva foucaultiana, traz consigo uma fundamental transformação dessa percepção.

Com efeito, como o poder deixa cada vez mais de ser o direito de fazer morrer e passa, progressivamente, a ser cada vez mais o direito de atuar para fazer viver e aumentar a vida, a partir desta inversão, a morte passa a ser compreendida não mais como fenômeno de passagem de um poder a outro, mas como limite e extremidade do poder, algo que está fora de seu domínio, e que, em última instância, não pertence mais a qualquer fase do mecanismo de desenvolvimento do poder. Ainda nessa perspectiva, enquanto sob o domínio do poder de soberania, a morte era o ponto alto de sua demonstração concreta, com o surgimento dessa nova tecnologia de poder¹⁵¹, o fenômeno morte vai significar o momento em que o indivíduo escapa a qualquer poder¹⁵².

Destarte,

poderíamos dizer isto: tudo sucedeu como se o poder, que tinha como modalidade, como esquema organizador, a soberania, tivesse ficado inoperante para reger o corpo econômico e político de uma sociedade em via, a um só tempo, de explosão demográfica e de industrialização. De modo que à velha

¹⁵⁰ FOUCAULT, 2005, *idem*, p. 295.

¹⁵¹ Que irá configurar aquilo que Michel Foucault denominou de “poder normalizador”.

¹⁵² FOUCAULT, 2005, *op. cit.*, p. 296.

mecânica do poder de soberania escapavam muitas coisas, tanto por baixo quanto por cima, no nível do detalhe e no nível da massa. Foi para recuperar o detalhe que se deu uma primeira acomodação: acomodação dos mecanismos de poder sobre o corpo individual, com vigilância e treinamento – isso foi a disciplina. É claro, essa foi a acomodação mais fácil, mas cômoda de realizar. É por isso que ela se realizou mais cedo – já no século XVII, início do século XVIII – em nível local, em formas intuitivas, empíricas, fracionadas, e no âmbito limitado de instituições como a escola, o hospital, o quartel, a oficina, etc. E, depois, vocês têm em seguida, no final do século XVIII, uma segunda acomodação, sobre os fenômenos globais, sobre os fenômenos de população, com os processos biológicos ou bio-sociológicos das massas humanas. Acomodação muito mais difícil, pois, é claro, ela implicava órgãos complexos de coordenação e centralização¹⁵³.

Inevitavelmente, as investigações de Foucault sobre o poder, ou melhor, sobre *práticas ou relações de poder* (uma vez que, na observação de Roberto Machado, o *poder* não existe: o que de fato se pode perceber e constatar é a configuração de uma rede de dispositivos ou mecanismos a que nada ou ninguém escapa¹⁵⁴), conduzir-lhe-ão a analisar as implicações do direito e do poder de soberania, entretanto não no intuito de explicar a soberania como problema central do direito nas sociedades ocidentais. Essa implicação direta pouco lhe interessa. Em verdade, Foucault fará, conforme suas palavras, “exatamente o inverso”: procurará demonstrar que o direito não é somente instrumento do poder de soberania que irá se impor, mas também é um instrumento que permite pôr em prática relações que não são derivadas da soberania, mas decorrentes das múltiplas formas de dominação que podem se exercer em uma sociedade¹⁵⁵.

Nessa medida, Foucault pensa o sistema do direito como um procedimento de sujeição, de construção histórica do saber e do próprio sujeito. Então, para solucionar o problema por ele mesmo proposto (examinar o direito não somente como instrumento de veiculação do poder da soberania), Foucault, no *Collège de France* em 1976¹⁵⁶, aponta cinco “precauções metodológicas” importantes para desenvolver esta linha de análise.

¹⁵³ FOUCAULT, 2005, *idem*, pp. 297-298.

¹⁵⁴ Roberto Machado in FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979. Apresentação à obra, p. XIV.

¹⁵⁵ FOUCAULT, 1979, *op. cit.*, p. 181. E mais: “Portanto, não o rei em sua posição central, mas os súditos em suas relações recíprocas: não a soberania em seu edifício único, mas as múltiplas sujeições que existem e funcionam no interior do corpo social” (p. 181).

¹⁵⁶ No curso “Soberania e Disciplina”, in FOUCAULT, 1979, *idem*, p. 179-191.

Em primeiro plano, assinala ser necessário “captar o poder em suas extremidades, em suas últimas ramificações”, vale dizer, examinar o poder não a partir do centro, mas a partir da compreensão do poder de punir (que deriva do direito) como materializado em instituições locais, regionais, na ponta final da ramificação deste poder. Já em segundo plano, busca tentar compreender como foram sendo constituídos os súditos a partir da presença do soberano, e não o inverso (preocupação importante para os contratualista)¹⁵⁷. Uma terceira precaução apontada por Foucault para a investigação aqui se consubstancia em não considerar o poder como um fenômeno natural e homogêneo de um indivíduo sobre os demais, ou de um grupo sobre os outros; segundo Foucault, o poder não se localiza em um lugar ou outro, não está naturalmente sob o comando de alguém, mas, ao contrário, o poder circula, transmuda-se, transita, “funciona em cadeia”, “se exerce em rede”: assim, os indivíduos não estão atrelados a um único poder central; justamente em decorrência da percepção de múltiplas formas de dominação, estão os indivíduos integrantes do contexto social sempre em posição de exercer este poder e de sofrer com sua ação. Por seu turno, em uma quarta “precaução metodológica”, destaca que a burguesia, compreendida como classe política e ideologicamente dominante, nem sequer minimamente se preocupou ou demonstrou interesse para com os loucos, os prisioneiros, os delinquentes, os desviantes sexuais: a ela (burguesia) interessava e interessa a técnica a embasar os procedimentos de exclusão. Aqui, para Foucault, “são os mecanismos de exclusão, os aparelhos de vigilância, a medicalização da sexualidade, da loucura, da delinquência, é toda esta micromecânica do poder que representou um interesse para a burguesia a partir de determinado momento”¹⁵⁸. Por fim, destaca Foucault que para se estabelecer em uma disposição *micromecânica* que por si só se faz sutil, deve o poder formar,

¹⁵⁷ “Captar a instância material de sujeição enquanto constituição dos sujeitos, precisamente o contrário do que Hobbes quis fazer no Leviatã e, no fundo, do que fazem os juristas, para quem o problema é saber como, a partir da multiplicidade dos indivíduos e das vontades, é possível formar uma vontade única, ou melhor, um corpo único, movido por uma alma que seria a soberania. Recordem o esquema do Leviatã: enquanto homem construído, o Leviatã não é outra coisa senão a coagulação de um certo número de individualidades separadas, unidas por um conjunto de elementos constitutivos do Estado; mas no coração do Estado, ou melhor, em sua cabeça, existe algo que o constitui como tal e este algo é a soberania, que Hobbes diz ser precisamente a alma do Leviatã. Portanto, em vez de formular o problema da alma central, creio que seria preciso procurar estudar os corpos periféricos e múltiplos, os corpos constituídos como sujeitos pelos efeitos de poder” (FOUCAULT, 1979, *idem*, p. 183).

¹⁵⁸ FOUCAULT, 1979, *idem*, p. 185.

organizar e fazer circular um saber ou saberes que, por sua vez, serão imprescindíveis na sujeição dos indivíduos¹⁵⁹.

A relação entre direito e poder na construção foucaultiana é essencial para a compreensão adequada da genealogia e do controle via sujeição.

Como indica Luana de Carvalho Silva, para uma tecnologia do poder que se interessa não mais pela morte, mas pelo corpo vivo do indivíduo, no fazer viver e deixar morrer, o *sujeito* individual passa a ser a sede da economia da justiça penal¹⁶⁰.

E sobre o sujeito perpassarão diversos tipos de relação de poder. Todavia, na perspectiva do poder de punir e do mecanismo punitivo, Foucault indica três tipos de relação de poder que atuam sobre o sujeito¹⁶¹: o primeiro desses tipos de relação de poder é o que se pode chamar de *central, jurídico* ou *legal*, que decorre do próprio poder de soberania e que toma a lei positivada por parâmetro para estabelecer critérios de proibição e permissão; o segundo tipo é derivado do poder disciplinar e pode ser referido como *vigilância corretiva*, tendo por escopo a recuperação e a ressocialização do sujeito doente moral, por meio de estratégias de ortopedia moral e seus respectivos atores; por fim, o terceiro desses tipos de relação de poder pode ser caracterizado como *segurança*: decorrente do poder biopolítico e atrelado aos postulados do liberalismo, em que as relações de poder aliam-se a um tipo de cálculo de custos econômicos exigidos agora por uma sociedade contemporânea de capitalismo tardio¹⁶².

¹⁵⁹ FOUCAULT, 1979, *idem*, p. 182-186.

¹⁶⁰ SILVA, 2008, *op. cit.*, p. 17.

¹⁶¹ Para uma compreensão mais aprofundada do tema, confira: FOUCAULT, Michel. **Segurança, território, população: curso no Collège de France (1977-1978)**. Edição estabelecida por Michel Senellart sob a direção de François Ewald e Alessandro Fontana. Tradução de Eduardo Brandão. Revisão da tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

¹⁶² Sobre biopolítica, Foucault assevera: “O curso deste ano acabou sendo inteiramente consagrado ao que devia formar apenas a sua introdução. O tema escolhido era portanto a ‘biopolítica’: eu entendia por isso a maneira como se procurou, desde o século XVIII, racionalizar os problemas postos à prática governamental pelos fenômenos próprios de um conjunto de viventes constituídos em população: saúde, higiene, natalidade, longevidade, raças... Sabe-se o lugar crescente que esses problemas ocuparam desde o século XIX e que desafios políticos e econômicos eles vêm constituindo até hoje. Pareceu-me que não se podia dissociar esses problemas do âmbito de racionalidade política no interior do qual eles aparecem e adquiriram sua acuidade. A saber, o ‘liberalismo’, já que foi em relação a ele que adquiriram o aspecto de um verdadeiro desafio. Num sistema preocupado com o respeito dos sujeitos de direito e com a liberdade dos indivíduos, como é que o fenômeno ‘população’ com seus efeitos e seus problemas específicos pode ser levado em conta? Em nome de que e segundo que regras pode ser ele administrado? (...). O que deveria ser estudado agora é a maneira como os problemas específicos da vida e da população foram postos no interior de uma tecnologia de governo que, sem ter sido sempre liberal, longe disso, não parou de ser acossada desde o fim do século XVIII pela questão do liberalismo”.

Imprescindível concluir, a partir de Foucault, que o poder não aparece como exclusivamente decorrente do aparelho instrumental-burocrático do Estado, como exclusivamente decorrente do poder de soberania, mas também pelas redes capilares de alcance, de ramificação, da micromecânica de suas relações. Uma incidência sobre o sujeito ao mesmo tempo central e única (poder de soberania), difusa e contínua (poder normalizador). Não basta, todavia, reconhecer a microfísica que envolve o poder. É preciso investigá-la como tecnologia de controle individualizante e, ao mesmo tempo, totalizante do sujeito, que implica reconhecer que este controle alcança o corpo, os gestos, as atitudes, os comportamentos dos indivíduos¹⁶³.

Será, então, a incidência e atuação paralelas desses três mecanismos de relação de poder que terão a missão de produzir, dentro ou fora do cárcere, *seres dóceis e úteis*.

Esse amálgama irá permitir, em última instância, que se compreenda de que forma se dá a normalização do sujeito, e, nesse passo, qual o fundamental papel de instituições como a oficina, a escola, o hospital, e, é claro, *o cárcere*.

O poder de soberania, central e único, derivado da estrutura do Estado e fixado sob um aparato jurídico-legal que, com o início da Modernidade e com o objetivo de alcançar uma padronização generalizante e abstratizante (pense-se no surgimento dos parlamentos pelo mundo ocidental e o fenômeno da codificação), convive, segundo Foucault, com o poder disciplinar, mantendo ambos a rede de controle que caracteriza a sociedade moderna¹⁶⁴. Vale indicar, por exemplo, a burocracia como aparato estrutural estatal eficaz à dominação, como já demonstrou Max Weber.

Sobre o poder de soberania, Foucault:

FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica: curso no Collège de France**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 431, 432 e 439.

¹⁶³ FOUCAULT, 2005, *op. cit.*, p. 27.

¹⁶⁴ “As marcas mais características da modernidade já antes foram enunciadas: racionalidade, generalidade e abstração, macro-organização. No plano da política e do direito, a racionalidade equivale a antitradicionalismo; a generalidade e abstração, a uma sociedade de pessoas iguais perante o direito e a um direito geral que abolisse privilégios e diferenças estatutários ou regionais; a macro-organização, à centralização do poder e à extensão do direito à totalidade dos territórios políticos. No plano, ainda mais concreto, do direito e da política na Europa, equivale, fundamentalmente, ao colapso da sociedade de ordens e do particularismo jurídico correspondente aos privilégios. Estes movimentos começam a perfilhar-se a partir do século XVI”. HESPANHA, *op. cit.*, p. 231.

Este fato histórico [que introduz os problemas atuais da sociedade] é a teoria jurídico-política da soberania. Ela desempenhou quatro papéis. Antes de tudo, referiu-se a um mecanismo de poder efetivo, o da monarquia feudal. Em segundo lugar, serviu de instrumento, assim como de justificativa, para a constituição das grandes monarquias administrativas. Em terceiro lugar, a partir do século XVI e sobretudo do século XVII, mas já na época das guerras de religião, a teoria da soberania foi uma arma que circulou tanto num campo como no outro, tendo sido usada em duplo sentido, seja para limitar, seja, ao contrário, para reforçar o poder real: nós a encontramos tanto entre os católicos monarquistas, como entre os protestantes anti-monarquistas; entre os protestantes mais ou menos liberais como também entre os católicos partidários do regicídio ou da mudança de dinastia; tanto funciona nas mãos de aristocratas como nas dos parlamentares; tanto entre os representantes do poder real como entre os últimos vassalos. Em suma, ela foi o grande instrumento da luta política e teórica em relação aos sistemas de poder dos séculos XVI e XVII. Finalmente, é ainda esta teoria da soberania, reativada a partir do Direito Romano, que encontramos, no século XVIII, em Rousseau e seus contemporâneos, desempenhando um quarto papel: trata-se agora de construir um modelo alternativo contra as monarquias administrativas, autoritárias ou absolutas, o das democracias parlamentares. É este mesmo papel que ela desempenha no momento da revolução francesa¹⁶⁵.

O poder “estatal”, contudo, não é o principal objeto de atenção dos estudos foucaultianos. Para ele, o tema já havia sido em larga escala debatido pelos teóricos do liberalismo e pelos pensadores da Ilustração, e, ademais disso, não era o único mecanismo de poder agindo sobre o indivíduo. Com efeito, destaca Foucault que especialmente no século XVIII ocorre um fenômeno marcante: surge uma nova mecânica de poder, com procedimentos específicos de atuação e que em nada tem a ver com o poder de soberania. A nova mecânica de poder desenvolve-se primordialmente sobre os corpos dos sujeitos, e não sobre a terra, vale dizer, sobre o território que constitui o conceito de nação. A vigilância é a característica primordial deste novo mecanismo¹⁶⁶.

Portanto, a mecânica do poder, aqui, é a do poder de disciplina, que, entretanto, não assume o lugar da soberania: ao contrário, desenvolve-se ao seu lado¹⁶⁷.

¹⁶⁵ FOUCAULT, 1979, *op. cit.*, p. 187.

¹⁶⁶ FOUCAULT, 1979, *idem, ibidem*.

¹⁶⁷ “Mais rigorosamente: a partir do momento em que as coações disciplinares tinham que funcionar como mecanismos de dominação e, ao mesmo tempo, se camuflar enquanto exercício efetivo do poder, era preciso que a teoria da soberania estivesse presente no aparelho jurídico e fosse reativada pelos códigos. Temos, portanto, nas sociedades modernas, a partir do século XIX até hoje, por um lado, uma legislação, um discurso e uma organização do direito público articulados em torno do princípio do corpo social e da delegação de poder, e por outro lado, um sistema minucioso de coerções disciplinares que garanta efetivamente a coesão deste mesmo corpo social. Ora, este sistema disciplinar não pode absolutamente ser transcrito no interior do direito que é, no entanto, o seu complemento necessário. Um

Se é de *normalização* do sujeito que se trata, a sua *disciplina* tem lugar de fundamental destaque.

E é essa *tecnologia política*, que por Foucault será denominada *poder disciplinar*, que estabelecerá a base primordial de toda a genealogia foucaultiana. Tomando-a como referencial, será então possível tatear e identificar, segundo Foucault, os objetivos últimos de instituições como a escola, o quartel e, especialmente, o hospital e a *prisão*¹⁶⁸.

Enquanto o poder de soberania objetiva a dominação e fulcra sua incidência sobre o território, o *poder disciplinar* tem por função primordial *adestrar o corpo, colmatá-lo a seus propósitos*, e incide em específico no sujeito, em seu corpo. Como afirma Gilles Deleuze, “dos aparelhos antimasturbatórios para crianças até os mecanismos das prisões para adultos, toda uma cadeia se exhibe, suscitando risos inesperados que a vergonha, o sofrimento ou a morte não conseguem calar”¹⁶⁹. Parte-se para uma forma ao mesmo tempo individualizante e totalizante dos corpos, com o fim de aplicar o discurso e tornar o sujeito mais produtivo diante das exigências econômicas (capitalismo) e políticas (liberalismo e modernidade) dos tempos atuais.

O poder disciplinar, por seu turno, tem características que o marcam indelevelmente, e o diferenciam ontologicamente do poder de soberania. A disciplina e seus mecanismos, a partir do século XVIII, não estão mais isolados, fragmentados, disfuncionais, e não têm mais uma utilidade pontual, local, menor. Agora, é uma

direito de soberania e um mecanismo de disciplina: é dentro destes limites que se dá o exercício do poder”. FOUCAULT, 1979, *op. cit.*, p. 189.

¹⁶⁸ “A disciplina é uma técnica de exercício do poder que foi, não inteiramente inventada, mas elaborada em seus princípios fundamentais durante o século XVIII. Historicamente as disciplinas existiam há muito tempo, na Idade Média e mesmo na Antiguidade. Os mosteiros são um exemplo de região, domínio no interior do qual reinava o sistema disciplinar. A escravidão e as grandes empresas escravistas existentes nas colônias espanholas, inglesas, francesas, holandesas, etc., eram modelos de mecanismos disciplinares. Pode-se recuar até a Legião Romana e, lá, também encontrar um exemplo de disciplina. Os mecanismos disciplinares são, portanto, antigos, mas existiam em estado isolado, fragmentado, até os séculos XVII e XVIII, quando o poder disciplinar foi aperfeiçoado como uma nova técnica de gestão dos homens. Fala-se, frequentemente, das invenções técnicas de gestão do século XVIII – as tecnologias químicas, metalúrgicas, etc. – mas, erroneamente, nada se diz da invenção técnica dessa nova maneira de gerir os homens, controlar suas multiplicidades, utilizá-las ao máximo e majorar o efeito útil de seu trabalho e sua atividade, graças a um sistema de poder suscetível de controlá-los. Nas grandes oficinas que começam a se formar, no exército, na escola, quando se observa na Europa um grande progresso da alfabetização, aparecem essas novas técnicas de poder que são uma das grandes invenções do século XVIII”. FOUCAULT, 1979, *idem*, p. 105.

¹⁶⁹ DELEUZE, Gilles. **Foucault**. Tradução de Claudia Sant’Anna Martins. Revisão da tradução de Renato Ribeiro. São Paulo: Brasiliense, 2005, p. 33.

tecnologia, uma técnica de gestão e sujeição de seres, e que, por isso, permite ser esmiuçada e esquadrinhada para que se possa perceber, de fora do objeto analisado, o que a diferencia de uma outra mecânica de poder qualquer (por exemplo, o poder de soberania).

Foucault discorre sobre este objeto em dois textos inseridos na obra “Microfísica do Poder”, intitulados *O Nascimento do Hospital e Soberania e Disciplina*, e nestes textos aponta características do poder disciplinar que auxiliam a compreender, para além de sua sutileza, as diferenças entre ele e outros mecanismos de poder.

De início, Foucault assinala que a partir do século XVIII forma-se uma “arte de distribuição espacial dos indivíduos” como forma de extrair deles a máxima eficácia para uma determinada função, em que a disciplina pressuporia, antes de tudo, a individualização dos sujeitos em um dado espaço¹⁷⁰.

De outra parte, aponta Foucault que, como tecnologia, o poder disciplinar “exerce seu controle, não sobre o resultado de uma ação, mas sobre seu desenvolvimento”. Não é o resultado que interessa (pode interessar ao poder de soberania, por exemplo, mas não à disciplina); aqui, o importante é observar a maneira como os gestos são feitos, qual o mais eficaz e ajustado, a partir da mecânica de gestão disciplinar nos corpos¹⁷¹. Tem-se, agora, a obsessão pelo detalhe, vale dizer, nenhum elemento referente ao sujeito pode escapar da construção desse saber disciplinar. Segundo Foucault, é na individualização decorrente dos detalhes que constroem o saber sobre o sujeito que o poder disciplinar reconhece seu instrumento fundamental; com o detalhe como uma compulsão, dá-se a consolidação do âmbito disciplinar.

E, por fim, a última (e, em nossa posição, a mais importante) característica desse novo mecanismo consiste em que a disciplina, a partir do século XVIII, passa a ser uma técnica de poder que, além da eficácia e do controle, implica também “uma vigilância perpétua e constante dos indivíduos”¹⁷².

¹⁷⁰ FOUCAULT, 1979, *op. cit.*, p. 106.

¹⁷¹ FOUCAULT, 1979, *idem, ibidem*.

¹⁷² “Não basta olhá-los às vezes ou ver se o que fizeram é conforme a regra. É preciso vigiá-los durante todo o tempo da atividade e submetê-los a uma perpétua pirâmide de olhares. É assim que no exército aparecem sistemas de graus que vão, sem interrupção, do general chefe até o ínfimo soldado, como também os sistemas de inspeção, revistas, paradas, desfiles, etc., que permitem que cada indivíduo seja

A perspectiva *genealógica* foucaultiana acaba por apresentar o poder disciplinar como uma relação que visa não o território ou a nação, mas o corpo do sujeito moldando-o para as exigências de uma sociedade moderna pautada na universalidade, na generalidade e na abstração. Todavia, relevante lembrar, com Luana de Carvalho Silva, que se “o interesse de Foucault é trilhar as possibilidades de pensar as questões de seu tempo, a identificação do poder disciplinar não pode ser tomada como uma espécie de diagnóstico final da mecânica de poder moderna”¹⁷³.

Entre todas estas características, a mais significativa para um pensar sobre a pena criminal e a pena de prisão, em Foucault, sem dúvida, é a *vigilância*.

E não é por acaso que sua obra-chave sobre o tema tem por título “Vigiar e Punir: nascimento da prisão”. Com “Vigiar e Punir”, a *disciplina* tem papel único na construção de um corpo dócil, que possa então ser submetido, subjugado, aperfeiçoado, conferindo-se eficiência¹⁷⁴. Produzirá, com isso, dominação (do sujeito). A disciplina, com Foucault, passa a ser a anatomia política do detalhe, um poder que, antes de extrair, visa sobremaneira *adestrar* o sujeito¹⁷⁵. As sociedades modernas se caracterizarão, portanto, por essa espécie de “jogo”, entre um poder de soberania instrumentalizado pelo direito e uma tecnologia de poder polimorfa, a disciplina. Embora atuem conjunta e simultaneamente, o poder disciplinar não tem sua “legitimação de origem” ligada ao direito ou à regra jurídica do poder de soberania, ou mesmo a qualquer fato fundante do surgimento do poder, mas sim da normalização.

Existem, pois, dois discursos que se conectam para interpenetrar e perpassar o indivíduo moderno que não pode, em qualquer hipótese, fugir a esse *controle*, visto que

observado permanentemente. (...). O exame é a vigilância permanente, classificatória, que permite distribuir os indivíduos, julgá-los, medi-los, localizá-los e, por conseguinte, utilizá-los ao máximo”. FOUCAULT, 1979, *idem, ibidem*.

¹⁷³ SILVA, 2008, *op. cit.*, p. 38.

¹⁷⁴ “A única cerimônia que realmente importa é a do exercício. A modalidade, enfim: implica numa coerção ininterrupta, constante, que vela sobre os processos da atividade mais que sobre seu resultado e se exerce de acordo com uma codificação que esquadrinha ao máximo o tempo, o espaço, os movimentos. Esses métodos que permitem o controle minucioso das operações do corpo, que realizam a sujeição constante de suas forças e lhes impõem uma relação de docilidade-utilidade, são o que podemos chamar as ‘disciplinas’. (...). O momento histórico das disciplinas é o momento em que nasce uma arte do corpo humano, que visa não unicamente o aumento de suas habilidades, nem tampouco aprofundar sua sujeição, mas a formação de uma relação que no mesmo mecanismo o torna tanto mais obediente quanto é mais útil, e inversamente. A disciplina fabrica corpos submissos e exercitados, corpos ‘dóceis’”. FOUCAULT, 2009, *op. cit.*, p. 133.

¹⁷⁵ FOUCAULT, 2009, *idem*, p. 134.

o poder transita pelo indivíduo e o constitui: “de um lado, a organização do direito em torno da soberania, e do outro, o mecanismo das coerções exercidas pela disciplina”, a significar que “soberania e disciplina, direito da soberania e mecanismos disciplinares são duas partes intrinsecamente constitutivas dos mecanismos gerais do poder em nossa sociedade”¹⁷⁶. É o exercício simultâneo do direito e das disciplinas sobre o sujeito que, de acordo com Foucault, constituirá o cerne da *sociedade de normalização*, que, segundo ele, caracteriza os agrupamentos sociais (ocidentais, em específico) a partir do século XVIII e, por conseguinte, caracteriza a própria Modernidade.

Peculiar é, então, assinalar que não é o estudo da instituição prisão o verdadeiro objeto de investigação da genealogia foucaultiana, o que exige de todo estudioso do tema uma compreensão ampla e geral da obra de Foucault que não se restrinja unicamente à leitura de “Vigiar e Punir”. Para esta genealogia foucaultiana, interessa esmiuçar os mecanismos de *controle* que irão se constituir da integração entre o direito e as tecnologias disciplinares, pensados não mais no *fazer morrer e deixar viver*, mas sim no *fazer viver e deixar morrer*, alteração de paradigma fundamental para a compreensão da genealogia foucaultiana. Destarte, como texto mais agudo desta fase genealógica, *Vigiar e Punir* acaba por tratar o método punitivo (não mais o suplício do corpo, mas agora o domínio deste) sob a luz da normalização, ou seja, a punição não mais objetiva produzir *corpos supliciados*, senão *corpos disciplinados*¹⁷⁷.

A disciplina enquanto poder terá então como função *adestrar* o sujeito, desenvolvendo-se por meio de técnicas que reconhece os indivíduos ao mesmo tempo como objetos e como instrumentos de seu exercício. Nessa medida, para Foucault, o êxito do poder disciplinar para um bom adestramento deve-se a três canais de sua incidência: a vigilância hierárquica, a sanção normalizadora e o exame¹⁷⁸.

¹⁷⁶ FOUCAULT, 1979, *op. cit.*, p. 189-190.

¹⁷⁷ “Não digo que se deve fazer a economia disso. Na verdade, não me interesso pelo detento como pessoa. Interesso-me pelas táticas e estratégias de poder que subtemem essa instituição paradoxal, a prisão, a um só tempo sempre criticada e sempre renascente. Nessa medida, não creio que a dimensão psicológica deva ser posta imediatamente a serviço da análise. Tome o problema do corpo: com efeito, ele é muito importante na mecânica da prisão. Ora, não é, como diz o direito, uma simples privação da liberdade, é mais: há uma tática do poder político que se interessa pelo corpo das pessoas: corpo dos soldados, das crianças, dos operários, que se deve manter em boas condições”. FOUCAULT, 2008b, *op. cit.*, p. 53.

¹⁷⁸ FOUCAULT, 2009, *op. cit.*, p. 164.

A vigilância hierárquica decorre desse *diagrama* do poder que opera por meio de uma visibilidade geral, e, em plano ideal, o aparelho disciplinar perfeito seria aperfeiçoado para permitir que um único olhar pudesse vigiar permanentemente, permitindo, a partir dessa “microfísica” do poder, controle ininterrupto sobre o corpo do sujeito em um jogo ao mesmo tempo mecânico e físico de espaços e de força¹⁷⁹.

A sanção normalizadora, para Foucault, fulcra-se já na percepção de que, em todos os sistemas disciplinares, opera um *pequeno mecanismo penal* por meio do controle feito a partir de uma *micropenalidade* do tempo, da atividade, do comportamento, do modo de ser, dos discursos, e do próprio corpo. Nesse contexto, todo o tipo de desvio, tudo que não está adequado à regra, receberá uma sanção, que não se pretende meramente retributiva (punitivista), mas que é *normalizadora*, corretiva, tendo como função reduzir os desvios. Portanto,

em suma, a arte de punir, no regime do poder disciplinar, não visa nem expiação, nem mesmo exatamente a repressão. Põe em funcionamento cinco operações bem distintas: relacionar os atos, os desempenhos, os comportamentos singulares a um conjunto, que é ao mesmo tempo campo de comparação, espaço de diferenciação e princípio de uma regra a seguir. Diferenciar os indivíduos em relação uns aos outros e em função dessa regra de conjunto – que se deve fazer funcionar como base mínima, como média a respeitar ou como o ótimo de que se deve chegar perto. Medir em termos quantitativos e hierarquizar em termos de valor as capacidades, o nível, a ‘natureza’ dos indivíduos. Fazer funcionar, através dessa medida ‘valorizada’, a coação de uma conformidade a realizar. Enfim traçar o limite que definirá a diferença em relação a todas as diferenças, a fronteira externa do anormal (a ‘classe vergonhosa’ da Escola Militar). A penalidade perpétua que atravessa todos os pontos e controla todos os instantes das instituições disciplinares compara, diferencia, hierarquiza, homogeniza, exclui. Em uma palavra, ela *normaliza*. (...). Tal como a vigilância e junto com ela, a regulamentação é um dos grandes instrumentos de poder no fim da Era Clássica. As marcas que significavam *status*, privilégios, filiações, tendem a ser substituídas ou pelo menos acrescidas de um conjunto de graus de normalidade, que são sinais de

¹⁷⁹ “A vigilância hierarquizada, contínua e funcional não é, sem dúvida, uma das grandes ‘invenções’ técnicas do século XVIII, mas sua insidiosa extensão deve sua importância às novas mecânicas do poder, que traz consigo. O poder disciplinar, graças a ela, torna-se um sistema ‘integrado’, ligado do interior à economia e aos fins do dispositivo onde é exercido. Organiza-se assim como um poder múltiplo, automático e autônomo; pois, se é verdade que a vigilância repousa sobre indivíduos, seu funcionamento é de uma rede de relações de alto a baixo, mas também até um certo ponto de baixo para cima e lateralmente; essa rede ‘sustenta’ o conjunto, e o perpassa de efeitos de poder que se apoiam uns sobre os outros: fiscais perpetuamente fiscalizados. O poder na vigilância hierarquizada das disciplinas não se detém como uma coisa, não se transfere como uma propriedade; funciona como uma máquina. E se é verdade que sua organização piramidal lhe dá um ‘chefe’, é o aparelho inteiro que produz ‘poder’ e distribui os indivíduos nesse campo permanente e contínuo”. FOUCAULT, 2009, *idem*, p. 170.

filiação a um corpo social homogêneo, mas que têm em si mesmos um papel de classificação, de hierarquização e de distribuição de lugares¹⁸⁰.

De sua parte, o exame é, por assim dizer, o instrumental de concreção da vigilância e da sanção. Segundo Foucault, é um controle normalizante, que baseado na vigilância e com vistas a punir comportamentos não normalizados, permite qualificar, classificar e sancionar, mas de forma altamente ritualizada¹⁸¹.

Vigilância e normalização instrumentalizadas. É sob essa base que a sociedade moderna se dispõe. A genealogia avança e coloca em mira agora um novo objeto: a preocupação com a instituição hospitalar de textos como “A Vontade do Saber” e “Nascimento do Hospital” dá lugar à preocupação com a prisão, que, por sua vez, representa na sociedade moderna o ponto alto da vigilância (e, conseqüentemente, do poder disciplinar) por meio do panoptismo.

Foucault dedica um capítulo inteiro em “Vigiar e Punir” a desenvolver uma análise acerca do panoptismo, antes de ingressar nos apontamentos à prisão. “Se é verdade que a lepra suscitou modelos de exclusão que deram até um certo ponto o modelo e como que a forma geral do grande fechamento, já a peste suscitou esquemas disciplinares”¹⁸². Na sociedade de disciplina, não é a separação entre doentes e sãos que vai agregar eficiência; esta se alcança pelas múltiplas separações, pela máxima individualização, pela distribuição profunda de vigilâncias e controles, pela capilarização do controle e do poder¹⁸³. O exílio e a anulação pelo afastamento já não mais representam o novel *sonho político*, segundo Foucault. Exilar é purificar; mas o momento é o do fazer viver, é do controle, é da vigilância, o momento histórico da sociedade disciplinar. Na Modernidade, a cidade que, atingida pela peste, já agora se constitui em uma esfera de hierarquia do controle, de vigilância e documentação, de disciplina e exercício microfísico do poder sobre todos os corpos individuais, traduz-se então naquilo que Foucault define como “a utopia da cidade perfeitamente governada”¹⁸⁴.

¹⁸⁰ FOUCAULT, 2009, *idem*, p. 175-176.

¹⁸¹ FOUCAULT, 2009, *idem*, p. 177.

¹⁸² FOUCAULT, 2009, *idem*, p. 188.

¹⁸³ FOUCAULT, 2009, *idem*, p. 188.

¹⁸⁴ FOUCAULT, 2009, *idem*, p. 189.

O controle, e, conseqüentemente, a tomada do exercício do poder político perante o corpo social, estão a exigir agora uma separação radical, uma divisão binária e marcação sobre os indivíduos (em uma palavra, classificar: louco-não louco; perigoso-inofensivo; normal-anormal). Todavia, tal procedimento não é suficiente: é preciso fazer incidir todo um conjunto de técnicas e de instituições que têm como tarefa determinar, exercer o controle e corrigir os anormais, os não normalizados.

Nessa medida, Foucault afirma que “o *Panóptico* de Bentham é a figura arquitetural dessa composição”¹⁸⁵, a destacar, em sua compreensão, o efeito mais importante desse instrumento: induzir no preso/detento/encarcerado um estado de permanente consciência de visibilidade, a assegurar o funcionamento automático do exercício do poder.

Interessante que as formas de controle da sociedade disciplinar não se restringem apenas à prisão ou ao hospital: elas podem ser reconhecidas e determinadas em toda a extensão social, em qualquer medida que se pretenda, por meio do exercício do poder, o controle do comportamento, a correção do anormal, a totalização do grupo e a individualização normalizante em “benefício” do sujeito. A prisão, claro, é um capítulo à parte nesta monumental obra teórica de Michel Foucault, e que, aqui, é para nós de especial interesse.

Realizou-se uma generalização disciplinar, atestada pela física benthamiana do poder, no decorrer da Era Clássica. Comprova-o a multiplicação das instituições de disciplina, com sua rede que começa a cobrir uma superfície cada vez mais vasta, e principalmente a ocupar um lugar cada vez menos marginal; o que era ilha, local privilegiado, medida circunstancial ou modelo singular, torna-se fórmula geral; as regulamentações características dos exércitos protestantes e piedosos de Guilherme de Orange ou de Gustavo Adolfo se transformaram em

¹⁸⁵ FOUCAULT, 2009, *idem*, p. 190. A descrição seguinte, extraída da referida obra, é imprescindível: “O princípio é conhecido: na periferia uma construção em anel; no centro, uma torre: esta é vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel; a construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda a espessura da construção; elas têm duas janelas, uma para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra, que dá para o exterior, permite que a luz atravesse a cela de lado a lado. Basta então colocar um vigia na torre central, e em cada cela trancar um louco, um doente, um condenado, um operário ou um escolar. Pelo efeito de contraluz, pode-se perceber da torre, recortando-se exatamente sobre a claridade, as pequenas silhuetas cativas nas celas da periferia. Tantas jaulas, tantos pequenos teatros, em que cada ator está sozinho, perfeitamente individualizado e constantemente visível. O dispositivo panóptico organiza unidades espaciais que permitem ver sem parar e reconhecer imediatamente. Em suma, o princípio da masmorra é invertido; ou antes, de suas três funções – trancar, privar de luz e esconder – só se conversa a primeira e suprimem-se as outras duas. A plena luz e o olhar de um vigia captam melhor que a sombra, que finalmente protetiva. A visibilidade é uma armadilha” (p. 190).

regulamentos para todos os exércitos da Europa; os colégios modelos dos jesuítas, ou as escolas de Batencour e de Demia, depois da de Sturm, esboçam as formas gerais da disciplina escolar; a ordem estabelecida nos hospitais marítimos e militares serve de esquema para toda a reorganização hospitalar do século XVIII¹⁸⁶.

A prisão não está de forma alguma dissociada do poder disciplinar. Ao contrário. Nela estão o controle, a vigilância, a correção; em uma palavra, a *normalização*. O objetivo da sociedade disciplinar para Foucault é, como já visto, (re)produzir indivíduos dóceis e úteis, que sob vigilância hierárquica e exame apresentem algum tipo de benefício (sobremaneira econômico) à sociedade capitalista da era moderna.

A partir, inicialmente, do fato da detenção, Foucault assinala que a prisão foi pensada, nessa fase histórica, como a “pena por excelência numa sociedade em que a liberdade é um bem que pertence a todos da mesma maneira” e, portanto, sua restrição independentemente de qualquer categorização social, poderia ser reputada como um castigo *igualitário*¹⁸⁷, que condiciona a retribuição da ação delinquente à retirada do tempo de vida útil do sujeito que a realizou. Nessa perspectiva, este duplo fundamento (jurídico-econômico pensado como retribuição pela subtração do tempo de vida, e técnico-disciplinar pensado para conferir docilidade ao sujeito) converte a prisão, já no início do século XVIII, no mais civilizado, progressivo e libertário castigo entre todas as penas¹⁸⁸.

A prisão é o ápice da sociedade disciplinar: o cárcere é, concomitantemente, vigilância e construção de um saber clínico sobre os indivíduos aprisionados. Então, conclui Foucault,

O tema do Panóptico – ao mesmo tempo vigilância e observação, segurança e saber, individualização e totalização, isolamento e transparência – encontrou na prisão seu local privilegiado de realização. Se é verdade que os processos panóptico, como formas concretas de exercício do poder, tiveram, pelo menos

¹⁸⁶ FOUCAULT, 2009, *idem*, p. 198.

¹⁸⁷ FOUCAULT, 2009, *idem*, p. 218.

¹⁸⁸ FOUCAULT, 2009, *idem*, p. 219. Na sequência, aduz Foucault: “Uma coisa, com efeito, é clara: a prisão não foi primeiro uma privação de liberdade a que se teria dado em seguida uma função técnica de correção; ela foi desde o início uma ‘detenção legal’ encarregada de um suplemento corretivo, ou ainda uma empresa de modificação dos indivíduos que a privação de liberdade permite fazer funcionar no sistema legal. Em suma, o encarceramento penal, desde o início do século XIX, recobriu ao mesmo tempo a privação de liberdade e a transformação técnica dos indivíduos” (p. 219).

em estado disperso, larga profusão, foi só nas instituições penitenciárias que a utopia de Bentham pôde, num bloco, tomar forma material¹⁸⁹.

O discurso oficial trata o delinquente como sujeito passível de reforma para sua recuperação, para sua reintegração à sociedade. Foucault despreza tal discurso. Para ele, o embate se dá em outro campo, muito mais denso e profundo. Se o corpo está inserido em um contexto político inafastável, é sobre este corpo que as relações de poder irão incidir. O objetivo é produzir sujeitos dóceis e úteis – e para isso o delinquente é submetido. É preciso *normalizá-lo*, diz Foucault; há uma *tecnologia política* sobre os corpos, constituída por um saber e um discurso de normalização. Na sociedade disciplinar, não se pode desperdiçar a força produtiva dos sujeitos; o capital, em última instância, necessita disso como mecanismo de exercício da relação de poder. Microfísica, capilaridade do poder – foco último e central da genealogia foucaultiana¹⁹⁰.

As fronteiras que já eram pouco claras na Era Clássica entre o encarceramento, os castigos judiciais e as instituições de disciplina, tendem a desaparecer para constituir um grande *continuum* que difunde as técnicas penitenciárias até as disciplinas mais inocentes, transmitem as normas disciplinares até a essência do sistema penal, e fazem pesar sobre a menor ilegalidade, sobre a mínima irregularidade, desvio ou anomalia, a ameaça da delinquência. Uma rede carcerária sutil, graduada, com instituições compactas, mas também com procedimentos parcelados e difusos, encarregou-se do que cabia ao encarceramento arbitrário, maciço, mal integrado da era clássica¹⁹¹.

Contudo, a microfísica não se detém ao poder disciplinar. Ao lado da disciplina está a biopolítica, que, segundo o próprio Foucault, consiste em uma “tomada de poder sobre o homem enquanto ser vivo, uma espécie de estatização do biológico ou, pelo menos, uma certa inclinação ao que se poderia chamar estatização do biológico”¹⁹².

¹⁸⁹ FOUCAULT, 2009, *idem*, p. 235.

¹⁹⁰ DÍAZ, *op. cit.*, p. 119.

¹⁹¹ FOUCAULT, 2009, *op. cit.*, p. 282. A despeito da relevância do tema da biopolítica para análise inclusive dos mecanismos das relações de controle do ser humano enquanto ser biológico, vale registrar que o objeto central da obra de Michel Foucault que efetivamente interessa ao desenvolvimento desta investigação é o poder disciplinar, impondo-se apenas este registro para não deixar de pontuar a existência de estudos foucaultianos a respeito da biolítica.

¹⁹² FOUCAULT, 2005, *op. cit.*, p. 286.

2.3 LEGADO DE KARL MARX E A CRIMINOLOGIA RADICAL: A PENA DE PRISÃO COMO REAFIRMAÇÃO DA IDEOLOGIA (CAPITALISTA) DOMINANTE

Como já de passagem referido, a chamada “teoria materialista ou marxista”, sob a perspectiva de análise da *criminologia radical*, centra o referencial teórico na análise da *retribuição equivalente da pena* (e, principalmente, do cárcere).

Os estudos da criminologia aqui, para entender o fenômeno a sua volta acerca do *castigo*, partem, com Eugeny Pasukanis, da utilização de proposições científicas atreladas à relação capital/trabalho nas sociedades capitalistas para a relação do direito penal e a imposição de castigos em decorrência da violação das normas de cunho criminal. Com efeito, em sua obra de 1924¹⁹³, Pasukanis desenvolve nova abordagem de compreensão do fenômeno jurídico e, especialmente, do fenômeno criminal e seu tratamento pelo aparelho estatal, valendo-se sobretudo do instrumental teórico derivado do materialismo histórico desenvolvido por Karl Marx e Friedrich Engels, em forte crítica ao modelo do direito desenvolvido pelos pensadores liberais-burgueses fundamentado na inafastável exigência de castigo àqueles que, sob esta óptica, de alguma forma violaram o pacto decorrente do contrato formador da sociedade civil. Desse modo, na obra de Pasukanis, forte em Marx, verifica-se a conclusão de que “o ato de contratar, este momento essencial para o Capitalismo, é, portanto, o ponto central do Direito burguês”¹⁹⁴.

A evolução deste contorno da criminologia ganha importante capítulo com a obra “A Nova Criminologia” de Ian Taylor, Paul Walton e Jack Young, publicada em 1973, em momento de grande efervescência do cenário da Criminologia em todo o mundo. Na mesma linha por Pasukanis já anteriormente pensada, Taylor, Walton e Young pretendem, em contraposição às posições criminológicas por eles referidas como “velha criminologia” (ou “criminologia cética”), pensar e discutir especialmente as questões do crime, pena e controle social, sob o viés do materialismo histórico.

¹⁹³ PASUKANIS, Eugeny Bronislanovich. **A teoria geral do direito e o marxismo**. Tradução de Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

¹⁹⁴ BESSA, Paulo, *in* PASUKANIS, Eugeny Bronislanovich. **A teoria geral do direito e o marxismo**. Tradução de Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989, Apresentação à obra, p. VIII.

A estrutura material das relações econômicas do capitalismo baseia-se no princípio da *retribuição equivalente* em todos os níveis da vida social: do *trabalho* pelo *salário* na produção social de bens ou serviços – apesar da expropriação de mais-valia; da *mercadoria* pelo *preço* na distribuição social de bens ou serviços – não obstante o lucro, etc. Logo, as formas jurídicas das relações de poder na formação social instituem a *retribuição equivalente*, no âmbito da responsabilidade civil, por exemplo, sob a forma do *contrato*, da *indenização* etc.; no âmbito da responsabilidade penal, a retribuição equivalente é instituída sob a forma de pena privativa de liberdade, como *valor de troca* do crime medido pelo *tempo* de liberdade suprimida. A *retribuição equivalente*, como valor de troca do crime nas sociedades capitalistas, está ligada ao critério geral do valor da mercadoria, determinado pela quantidade de trabalho social necessário para sua produção: o *tempo médio* de dispêndio de energia produtiva, segundo Marx. A importância da teoria de Pasukanis está em situar a *retribuição equivalente* no fecho da transição histórica do ‘sujeito zoológico’ da vingança de sangue para o ‘sujeito jurídico’ da pena proporcional: a *troca igual* exclui a vingança posterior, primeiro pelo *talião*, mais tarde pela *composição* e, finalmente, consolida-se como *retribuição equivalente* medida pelo *tempo* de liberdade suprimida – conforme o *critério de valor* da sociedade capitalista¹⁹⁵.

Aqui, absolutamente imprescindível um aprofundamento do conceito de *materialismo histórico*, como forma de melhor compreender o ponto referencial de partida desta “nova criminologia”.

Com efeito, Engels estabelece de maneira muito precisa os termos do debate a envolver, naquele período histórico, a compreensão e o alcance do conceito de *história*:

Segundo a concepção materialista da história, o fator que em última instância determina a história é a produção e a reprodução da vida real. Nem Marx nem eu nunca afirmamos mais do que isso. Se alguém discorda dizendo que o fator econômico é o único determinante, converte aquela tese numa frase vazia, abstrata, absurda. A situação econômica é a base, mas os diversos fatores da superestrutura – as formas políticas da luta de classes e seus resultados, as Constituições que, uma vez ganha uma batalha, são redigidas pela classe vitoriosa, as formas jurídicas e mesmo os reflexos de todas estas lutas reais no cérebro dos participantes, as teorias políticas, jurídicas, filosóficas, as ideias religiosas e o seu desenvolvimento ulterior, exercem igualmente a sua ação sobre o curso das lutas históricas e, em muitos casos, determinam predominantemente sua forma... Frente aos adversários, tínhamos que sublinhar este princípio cardinal que era negado, e nem sempre dispúnhamos de tempo, espaço e ocasião para dar a devida importância aos demais fatores que intervêm no jogo das ações e reações¹⁹⁶.

Com isso, verifica-se a característica fundamental do materialismo histórico: a consideração da condição humana como essencial para o desenvolvimento histórico da

¹⁹⁵ CIRINO, 2010, *op. cit.*, p. 439.

¹⁹⁶ ENGELS, 1890, *op. cit.*, p. 520.

sociedade civil. Karl Marx e Friedrich Engels, por seu turno, asseveram nesta perspectiva que "o principal defeito de todo o materialismo até aqui consiste no fato de que a coisa (*Gegenstand*) – a realidade – apenas é compreendida sob a forma de *objeto* (*Objekt*) ou da *contemplanção* (*Anschauung*); mas não na condição de *atividade humana sensível*"¹⁹⁷, desenvolvendo crítica em sentido forte a este *idealismo* que, em seu entendimento, "não conhece atividade real e sensível como tal", e que, por conta disso, não pode ser parâmetro válido para a construção de uma história verdadeiramente baseada na intervenção humana de alteração da realidade.

É desse lugar, portanto, como virada fundamental, que Marx e Engels passam a questionar o materialismo anterior, inclusive (e especialmente) o desenvolvido por Ludwig Feuerbach, que até então se limitava a captar o mundo como objeto de contemplação, e não como um possível resultado da ação humana¹⁹⁸.

A história, em Marx e Engels, nada mais é do que o "suceder-se de gerações distintas", sendo que cada uma delas explora os materiais, os capitais e as forças de produção a ela transmitidas pelas gerações anteriores. Ou seja, por um lado a história (e o materialismo histórico) realiza a continuidade da atividade anterior sob condições alteradas e, por outro, modifica com uma atividade complementa diferente as antigas condições. E este ponto, na teoria marxiana, revela-se de fundamental importância empírico-pragmática para a contextualização do materialismo histórico, como preceitua o próprio Marx ao explicitar que o modo de produção da vida material condiciona o processo de vida social, política e intelectual, de forma que uma sociedade jamais desaparece antes que estejam desenvolvidas todas as forças sociais e de produção.

¹⁹⁷ MARX; ENGELS, 2007, *op. cit.*, p. 27.

¹⁹⁸ MARX; ENGELS, 2007, *idem*, p. 69-70. Ainda, afirmam textualmente: "Na medida em que Feuerbach é materialista, a história não aparece em seus escritos, e na medida em que toma a história em consideração, ele não é materialista. Materialismo e história aparecem completamente divorciados nele, coisa que ademais se explica através daquilo que acabou de ser dito. A história não é mais do que a sucessão das diferentes gerações individuais, cada uma das quais explora os materiais, capitais e forças de produção transmitidas por aquelas que a precederam; quer dizer, que de um lado prossegue em condições plenamente distintas da atividade precedente, enquanto de outro lado modifica as circunstâncias anteriores mediante uma atividade totalmente diferente, o que poderia ser distorcido especulativamente, se fosse alegado que a história posterior é a finalidade daquela que a precede, como se disséssemos, por exemplo, que o descobrimento da América teve como finalidade ajudar na expansão da Revolução Francesa, mediante cuja interpretação a história adquire seus fins próprios e independentes e se transforma em uma 'pessoa junto a outras pessoas' (junto à autoconsciência, à Crítica, ao Único, etc.), enquanto o que designamos através das palavras 'determinação', 'fim', 'gérmen', 'ideia' da história anterior não é outra coisa que não uma abstração da história posterior, da influência ativa que a história anterior exerce sobre a que vem depois dela" (p. 70).

Em suma, o materialismo histórico ou a concepção materialista da história tem como premissa e fundamento básicos a circunstância de que a natureza dos indivíduos depende das condições materiais que determinam sua produção, não sendo em absoluto permitido conceber um materialismo que seja idealista, ou seja, desgarrado de um contexto histórico do ser social, e histórico no sentido do embate, do confronto, da luta, da revolução.

As relações materiais entre os homens formam, segundo Marx, as chamadas relações sociais de produção, a significar "às formas estabelecidas de distribuição dos meios de produção e do produto, e o tipo de divisão social do trabalho numa dada sociedade e em um período histórico determinado" com vistas à formação de uma "sociedade de apropriação de ferramentas, tecnologia, terra, fontes de matéria-prima e de energia, e eventualmente de trabalhadores"¹⁹⁹.

Os teóricos da criminologia marxiana ou radical, sobretudo a partir de meados da década de 60 do século passado, assimilam essa compreensão de materialismo histórico para, então, pensar o direito de acordo com a construção da sociedade capitalista²⁰⁰, com um discurso forte no sentido de (a exemplo de Marx) combater a ideologia que busca revestir o direito (e o direito penal, face repressora estatal) de neutralidade com o objetivo de representá-lo como modo de acesso à justiça social²⁰¹.

¹⁹⁹ OLIVEIRA, Márcia Gardênia Monteiro; BARBOSA, Maria Ligia de Oliveira; QUINTANEIRO, Tania. **Um toque de clássicos: Marx, Durkheim e Weber**. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011, p. 34.

²⁰⁰ "A burguesia contestou a 'propriedade feudal' não devido ao fato desta ser 'feudal', mas em razão de que os gravames, taxas e impostos que a marcavam tornavam-na extremamente petrificada e com escassa capacidade de rápida circulação. Para Pasukanis, é esta mobilidade e os instintos jurídicos que a significam que constituem o que ele denomina 'forma jurídica'. Entente o jurista soviético que estas são características fundamentais e essenciais do Direito, sem as quais não há Direito. Daí porque o autor em questão só reconhece a existência do direito no Capitalismo, ou seja, o direito é uma forma essencialmente burguesa e capitalista". BESSA, Paulo, *in* PASUKANIS, Eugeny Bronislanovich. **A teoria geral do direito e o marxismo**. Tradução de Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989, Apresentação à obra, p. IX e X.

²⁰¹ "Não há dúvidas, de todo modo, que ao se falar hoje em criminologia crítica e radical se está remetendo ao caldeirão cultural, social e político das décadas de 60 e 70, principalmente nos Estados Unidos, em torno à luta por direitos civis. Emergiram, praticamente ao mesmo tempo, a forte militância política dos professores da Universidade de Berkeley, com a criação do periódico *Crime and Social Justice* e do grupo 'União de Criminólogos Radicais', e, na Europa, o grupo de teóricos críticos criado a partir da *National Deviance Conference*, que passou a publicar obras em profusão, com destaque para *The New Criminology*, em 1973, de Ian Taylor, Paul Walton e Jock Young". (GIAMBERARDINO, André, *in* ZILIO, Jacson. BOZZA, Fabio da Silva. **Estudos críticos sobre o sistema penal: homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário**. Curitiba: LedZe, 2012, p. 223-224).

Conforme aponta Juarez Cirino dos Santos, a proposta dos criminólogos radicais, visando superar a criminologia tradicional baseada ainda em preceitos do contratualismo liberal e no etiquetamento “neutro” de comportamentos desviantes, objetiva pensar a interface crime-punição mediante uma relação histórica concreta entre mercado de trabalho e punição, que, em termos de superestrutura do direito penal, passa a colocar a *punição* sob uma nova perspectiva, qual seja, a de que todo o sistema de produção descobre punições que correspondam às suas relações produtivas²⁰².

Nesse cariz, a teoria marxista, que sustenta filosoficamente a Criminologia radical, pretende demonstrar que as alterações na alocação das posições na superestrutura do direito penal deriva, em certa medida, das próprias relações de classes no âmbito social, a permitir, então, a compreensão do conceito de pena criminal, por exemplo, a partir dos enredos das relações econômicas, aporte teórico que, por sua vez, passará agora a explicar, justificar e fazer compreender todo o aparato estatal que dá suporte ao sistema penal oficial do Estado. Portanto, as relações entre as classes sociais contextualizadas no cenário capitalista retratado pelo *mercado de trabalho* vão ser pensadas, na Criminologia radical, como a justificativa que explica e esclarece a utilização da prisão (no formato de resposta à infração da norma penal democrático-burguesa) como “método de controle e disciplina das relações de produção (fábrica) e de distribuição (mercado) da sociedade capitalista, com o objetivo de formar um novo tipo humano, a força de trabalho necessária e adequada ao aparelho produtivo”²⁰³.

Pondera, então, Juarez Cirino dos Santos:

O compromisso primário da Criminologia Radical é com a abolição das desigualdades sociais em riqueza e poder (Taylor *et alii*, p. 55), afirmando que a solução para o problema do crime depende da eliminação da exploração econômica e da opressão política de classe – e sua condição é a transformação socialista (Platt, 1980, p. 125). Essa posição política evita a degeneração da Criminologia Radical em mera ‘moralização’, ou no correccionalismo repressivo da ‘reabilitação pessoal’, que identifica crime com patologia e, nas posições mais liberais, propõe reformas de superfície, ou mais serviços sociais, modificando alguma coisa para deixar tudo como está – ou seja, preservando o

²⁰² CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A criminologia radical**. 8ª ed. Curitiba: ICPC Lumen Juris, 2008, p. 61.

²⁰³ CIRINO DOS SANTOS, 2008, *op. cit.*, p. 63, grifos do autor.

sistema de dominação e de exploração do homem pelo homem. Esse compromisso compreende as tarefas complementares de produzir teoria e de criar procedimentos capazes de ajudar a classe trabalhadora – e o conjunto dos setores sociais subalternos e marginalizados –, no projeto político de construção e de controle de uma sociedade democrática. A formatação da Criminologia Radical, com base nas contradições de classe das relações econômicas estruturais e das relações superestruturais de poder do Estado, evita as deformações da criminologia positiva dominante, que separa a teoria criminológica da teoria política, a teoria política da teoria econômica e exclui a categoria central da luta de classes de todas as teorias sociais (Young, 1980, p. 105 e ss.). (...). Como socialistas, a luta principal dos criminólogos radicais é contra o imperialismo dos países centrais, a exploração de classe, o racismo, etc., e, como teóricos, o esforço pela construção de explicações materialistas da lei penal e do crime, nas condições crimonógenas do capitalismo monopolista contemporâneo, está vinculada à teoria geral do desenvolvimento histórico que informa sua estratégia política: a instituição de uma sociedade sem classes, através da socialização dos meios de produção²⁰⁴.

Pasukanis, por sua vez, assinala que a origem do direito penal está historicamente (aqui, a referência ao termo história, certamente, não é gratuita) ligada à vingança de sangue, sendo certo que a vingança, como resposta própria do direito penal, começa então a se transformar em reparação no momento em que se consolida o sistema de atribuição por meio do *equivalente em dinheiro*, servindo-se Pasukanis, então, do paralelo entre delito e circulação de mercadorias. Atrelado a essa perspectiva, a sanção criminal se apresenta, desse modo, como um equivalente que irá compensar os danos sofridos pela vítima, sem ser necessário assumir a conclusão de que a reparação superou totalmente a vingança como fundamento da retribuição criminal²⁰⁵.

Ganha importância na obra de Pasukanis a passagem histórica da manutenção de disciplina pública pela influência eclesiástica (predominantemente, da Igreja Católica) e pelo controle interno exercido pelos comandos e chefias militares, para um novo momento de “estabilização da divisão da sociedade em classes e estados”, vale dizer, para um pensar a estrutura do direito penal a partir da (agora) exigência de defesa dos privilégios da classe hierarquicamente superior e, conseqüentemente, da

²⁰⁴ CIRINO DOS SANTOS, 2008, *op. cit.*, p. 36-39, grifos do autor.

²⁰⁵ “É precisamente no caso em que a reparação seja considerada como algo desonroso (tal concepção predominou durante muito tempo entre os povos primitivos) e no qual a execução da vingança pessoal é considerada como um dever sagrado, que o próprio ato de vingança assume uma nova nuance que não possuía desde que ele ainda representava uma alternativa: no presente foi introduzida a ideia de que ele representava a única reparação adequada. A refutação da reparação sob forma de dinheiro põe em evidência, em suma, o fato de que o derramamento de sangue é o único equivalente do sangue já derramado. De fenômeno puramente biológico, a vingança se transforma em instituição jurídica desde que se liga à forma de troca equivalente, da troca mensurada por valores”. PASUKANIS, E. B., *op. cit.*, p. 147.

negação deste tipo de defesa às classes inferiores da população. Nessa medida, aponta o escritor russo que, com essa variação de perspectiva, “a justiça penal já não é mais, para os detentores do poder, um simples meio de enriquecimento, mas um meio de repressão impiedosa e brutal”, tendo então as penas (tortura, penas corporais, execuções capitais) “transformado-se em meios de extermínio físico e terrorismo”²⁰⁶.

Não passa de imaginação dos juristas pensar o *conjunto da sociedade* como algo coeso, único e dirigido para o alcance de um objetivo comum integrado, vai apontar Pasukanis: o ideário pautado pelo liberal-contratualismo, mais uma vez, contrasta com a realidade, com o *materialismo histórico*. O que de fato existe, dirá Pasukanis, são “classes com interesses opostos, contraditórios”, que, cada um a seu tempo e modo, desenvolverão estratégias no sentido de tentar imprimir, em cada sistema penal de sua época, a marca concreta de seu materialismo histórico. E assim, portanto, defende que apenas o desaparecimento completo do modelo de classes sociais permitirá a elaboração e criação de um sistema penal que não carregue em seu âmago qualquer tipo de antagonismo entre classes²⁰⁷.

Inserido nesse debate está o direito, e, mais especificamente, o direito penal²⁰⁸. O materialismo histórico impede qualquer conclusão de *neutralidade* do direito penal: este é, como viabilização do exercício de parcela de poder do Estado, um instrumento de defesa das relações de poder em que se verifica a dominação de uma classe sobre as demais. Se materialmente assim se apresenta o direito penal, formalmente, para Pasukanis, é possível apreendê-lo (como verdadeiro fenômeno socioestatal) como um

²⁰⁶ PASUKANIS, E. B., *op. cit.*, p. 150-151. Destaca ainda o autor russo: “Assim constitui-se progressivamente o complexo amálgama do direito penal moderno, no qual podemos distinguir sem dificuldade as raízes históricas que lhe deram origem. Fundamentalmente, isto é, do ponto de vista puramente sociológico, a burguesia assegura e mantém sua dominação de classe através de seu sistema de direito penal oprimindo as classes exploradas. Sob este ângulo os seus tribunais e suas organizações privadas ‘livres’ e de ‘fura-greves’ perseguem um mesmo objetivo” (p. 151).

²⁰⁷ “A analogia da *pena criminal* com a *mercadoria* na sociedade capitalista pode incluir, também, a dimensão de *valor de uso* da mercadoria: se o *valor de troca* da pena criminal existe, na fórmula da Pasukanis, como *retribuição equivalente* do crime, então o *valor de uso* da pena criminal existiria nas funções de prevenção especial e de prevenção geral, no sentido de funções utilitárias *declaradas* atribuídas ao *valor de troca* da pena criminal, medido pelo tempo de liberdade suprimida do condenado”. CIRINO DOS SANTOS, 2010, *op. cit.*, p. 440, grifos do autor.

²⁰⁸ “Para Pasukanis, o direito era uma mera forma jurídica, produto exclusivo da sociedade capitalista, gerado pelas relações de troca que lhe são próprias. Como o advento do socialismo não extinguiria automaticamente as relações de troca, que continuariam a existir como vestígio da sociedade burguesa, também não se extinguiria a ‘forma jurídica’, que desaparecia somente em uma etapa mais avançada, quando essas relações fossem superadas”. ZAFFARONI, 1991, *op. cit.*, p. 53.

elemento de superestrutura que se agrega, ao lado de outros, ao *sistema* jurídico vigente em um determinado Estado com uma determinada sociedade em um dado período histórico.

É nesse momento do desenvolvimento de seu raciocínio que Pasukanis atinge um ponto vital desta compreensão: o direito compreendido em contexto de circulação de mercadorias e mediante o princípio da relação de equivalência (ou retribuição equivalente):

O direito penal é uma parte integrante da superestrutura jurídica, na medida em que encarna uma variedade desta forma fundamental à qual a sociedade moderna está submetida: a forma de troca de equivalentes com todas as suas consequências. A realização destas relações de troca no direito penal é um aspecto da realização do Estado de direito como forma ideal das relações entre produtores de mercadorias independentes e iguais que atuam no mercado. Mas como as relações sociais não se limitam às relações jurídicas abstratas entre proprietários abstratos de mercadorias, a justiça penal não é apenas uma encarnação da forma jurídica abstrata, mas, também, uma arma poderosa na luta de classes. Quanto mais esta luta se torna aguda e violenta, mais a dominação de classe tem dificuldades de se realizar no interior da forma jurídica. Neste caso o tribunal 'imparcial' com suas garantias jurídicas é substituído por uma organização direta da violência de classe, cujas ações são geradas exclusivamente por considerações de oportunidade política²⁰⁹.

Tomando tal compreensão como *a priori*, segue a pronta conclusão no sentido de reconhecer o caráter de retribuição equivalente da pena criminal. E será o instrumento *prisão/cárcere* que permitirá entender a privação de liberdade por certo período de tempo imposta pelo Estado-Juiz ao indivíduo que comete infração como o modo pelo qual o modelo capitalista de Estado realiza no caso concreto a retribuição equivalente, em proporção direta com a relação capital/trabalho²¹⁰. Quer com isso dizer Pasukanis que “não foi por acaso que esta modalidade de apenamento [a prisão/cárcere] foi implantada e tida como natural *precisamente* no século XIX, ou seja, em uma época na qual a burguesia pôde desenvolver e aprimorar todas as suas características”²¹¹.

Nessa medida, então, para que a noção de reparação de uma infração ou delito mediante a privação de uma parcela da liberdade pudesse ganhar forma e

²⁰⁹ PASUKANIS, E. B., *op. cit.*, p. 154.

²¹⁰ PASUKANIS, E. B., *idem*, p. 158.

²¹¹ PASUKANIS, E. B., *idem*, p. 158-159.

reconhecimento, houve a necessidade de que todas as expressões sociais de riqueza e disponibilidade fossem reduzidas a um único equivalente: o trabalho humano medido em tempo, ou a própria condição humana reduzida ao aprisionamento de cada fração do tempo do sujeito exigida pelo aparelho estatal para retribuir de forma equivalente o dano por ele causado, pensada a pena através do cárcere, assim, como algo proporcional²¹² à gravidade da delinquência realizada, como *conteúdo* de defesa da classe dominante.

E, à semelhança do que posteriormente sustentarão, por exemplo, Juarez Cirino dos Santos e Alessandro Baratta, crava Pasukanis, de maneira peremptória, direta e inconfundível: “o único caminho para dissipar estas aparências tornadas realidade é o da abolição prática destas relações, a luta revolucionária do proletariado e a realização do socialismo”²¹³, com o completo colapso da superestrutura do direito de forma geral.

Não é de outro lugar (ou seja, com base na concepção de reparação/retribuição equivalente construída por Pasukanis) que Dario Melossi e Massimo Pavarini pensarão a pena privativa de liberdade, ao elaborar o conceito de que a relação *cárcere/fábrica* é, no âmbito do sistema do direito penal, a representação do materialismo histórico na sociedade industrial da era moderna²¹⁴. É apenas com Pasukanis que realmente se reconhece que a ideia de privação de uma fração da liberdade do indivíduo, de modo abstrato, como hipótese dominante de sanção penal, só é possível realizar-se a partir do advento do sistema capitalista de produção; vale dizer, desde um processo econômico em que todos os meios de riqueza social são restabelecidos à forma mais simples e abstrata do trabalho humano medido no tempo. A pena do cárcere, desse modo, como privação de uma fração da liberdade individual, passa justamente a ser

²¹² “O delinquente deve saber por antecipação do que está sendo acusado e em que implica esta acusação: *nullum crimen, nulla poena sine lege*. O que isto significa? É necessário que cada delinquente saiba exatamente quais os métodos de correção que lhe são aplicados? Não, a coisa é muito simples e muito mais brutal. Ele deve saber que *quantum* de liberdade deverá pagar em consequência do contrato concluído com o tribunal. Ele deve conhecer, por antecipação, as condições em que quitará seus débitos. Este é o sentido dos códigos penais e dos procedimentos penais”. PASUKANIS, E. B., *idem*, p. 161-162.

²¹³ PASUKANIS, E. B., *idem*, p. 162.

²¹⁴ “Esta interpretação não nos parece satisfatória enquanto não considerarmos ‘instrumental’ e, portanto, ‘ideológica’ a instância (leia-se, razão) retributiva da pena no pensamento jurídico burguês. Ao contrário, pareceria teoricamente mais convincente a interpretação que vê no princípio da proporcionalidade da pena com o delito a tradução, ao nível jurídico-penal, de um tipo de relações sociais baseadas na ‘troca de equivalentes’, isto é, no ‘valor da troca’”. MELOSSI; PAVARINI, *op. cit.*, p. 261.

então a pena por excelência na sociedade produtora de mercadorias em que o *tempo* assume importância fundamental. A ideia de retribuição pelo equivalente encontra no cárcere (e na pena criminal por meio dele) a sua máxima realização, na medida em que a liberdade temporariamente interdita passa a ser vista então como a forma mais simples e absoluta de *valor de troca*, como valor do trabalho assalariado²¹⁵.

Com o cárcere, reação estatal por excelência contra a delinquência na sociedade industrial, executada não de forma definitiva e imutável, mas focada em apenas *uma parcela* da liberdade do indivíduo, a prisão passa a representar, em termos de meio de reprimenda penal, um instrumento “democrático” de repressão ao delito, supostamente dotado de um igualitarismo que não se verifica nas penalidades das quais anteriormente se lançava mão. É que, sob a óptica liberal, a liberdade é um bem universal e reconhecido em idêntica medida para todos os seres humanos (ao menos, entre aqueles dotados de culpabilidade). Destarte, tratar a pena de privação de liberdade, pela ótica burguesa do século XVIII, como um instrumental àquela *forma mais abstrata e simples* indicada por Pasukanis (medida do trabalho humano em tempo), fez com que o cárcere então se convertesse na *forma jurídica geral* de um sistema de direitos fundado no igualitarismo²¹⁶, e explicitasse seus elementos justificadores: disciplina, igualdade formal e certeza jurídica; elementos estes próprios de uma sociedade fulcrada, portanto, em postulados liberais.

Conjugando, então, Marx, Pasukanis e Foucault, apontam Melossi e Pavarini que, na essência da pena carcerária, encontra-se cristalizada a própria *contradição central do universo burguês-liberal*: a forma jurídica geral, expressão e modo de garantia de um sistema que pensa os direitos e os indivíduos a partir da igualdade (formal), acaba por ser desmentida e “neutralizada” por uma infinidade de relações de poder exercidas no corpo social e que culminam por trazer à tona e escancarar todas as desigualdades e assimetrias políticas, sociais, econômicas e jurídicas. Deste modo, acaba por restar negada a compreensão de que a natureza contratual da sociedade permite o reconhecimento de relações juridicamente igualitárias também sob o ponto de

²¹⁵ MELOSSI; PAVARINI, *op. cit.*, p. 262-263.

²¹⁶ MELOSSI; PAVARINI, *idem*, p. 263. E, ainda, asseveram: “Estes elementos, que derivam da natureza sinalagmática da pena e que são essenciais para a compreensão do fenômeno punitivo burguês, devem ser ‘reinterpretados’ à luz da função própria do aparato penitenciário: a *reformation* através da disciplina”.

vista material, tornando vazio esse argumento. Assim, tem-se então que “o contrato pode, portanto, ser assumido felizmente como *fundamento ideal* do poder político burguês, contanto que se reconheça, como coessencial a este, o princípio disciplinar que sustenta o aparato técnico da coerção”²¹⁷.

Nessa senda, então, e dentre outros argumentos, Melossi e Pavarini concluem o seguinte:

Na relação de trabalho, a subordinação do prestador de trabalho é (também) ‘alienação pelos/dos meios de produção’. Na relação penitenciária, a subordinação do preso é ‘expropriação’ (também) pelo/do próprio corpo. A liberdade contratual do proletário encontra seu próprio objeto na ‘prestação como conteúdo inativo’ (perda da liberdade por um *quantum* de tempo). A essa perda de liberdade e de autonomia faz frente o poder disciplinar do empresário. O mesmo acontece na pena carcerária: o objeto da pena é a ‘privação de um tempo’ (*quantum* de liberdade) que deverá, no processo de execução, ser vivido como sujeição. (...). E finalmente: a ‘fábrica é para o operário como um cárcere (perda da liberdade e subordinação): o ‘cárcere é para o interno como uma fábrica’ (trabalho e disciplina). O significado ideológico desta complexa realidade se resume na tentativa de racionalizar, ainda que enquanto projeto, *uma dupla analogia: os internos deve ser trabalhadores, e os trabalhadores devem ser internos*²¹⁸.

Também desde esse lugar, Juarez Cirino dos Santos construirá a ideia de que a função explícita da prisão é o próprio exercício do poder de punir, a partir da *equivalência* da quantificação do valor de troca do tempo individual, sendo o tempo, como razão de liberdade, o equivalente geral de troca do crime com vistas à *quantificação* do tempo de liberdade a ser subtraído do indivíduo que pratica uma infração, sendo o tempo o *critério geral de medida do valor*²¹⁹.

A consideração do tempo (conceito-chave para a retribuição criminal como equivalente) e a concepção de uma *teoria materialista do Direito* baseada no

²¹⁷ MELOSSI; PAVARINI, *idem*, p. 264.

²¹⁸ MELOSSI; PAVARINI, *idem*, p. 265-266.

²¹⁹ “A definição da pena como ‘forma salário’ da privação de liberdade, baseada no ‘valor da troca’ do tempo, formulada por Foucault – e, antes dele, por Rusche e Kirchheimer –, aparece ainda mais claramente em Pasukanis, ao indicar a ‘medida do tempo’ como critério comum para determinar o *valor do trabalho* na economia e a *privação de liberdade* no Direito (1972, p. 202). A forma de equivalente penal, ou seja, da pena como retribuição proporcional do crime, está ligada ao critério geral da medida do valor da mercadoria, determinado pela quantidade de trabalho social necessário para sua produção: o ‘tempo médio’ de dispêndio de energia produtiva (Marx, 1971, p. 79). Esse critério geral de medida, adequado objetivamente às relações privadas entre proprietários de mercadorias na sociedade capitalista, é aplicado em outras áreas das relações sociais, medidas como troca de mercadorias: no direito criminal, lesões de valores individuais ou sociais são medidas como violações de propriedade”. CIRINO DOS SANTOS, 2008, *op. cit.*, p. 87-88.

materialismo histórico marxista irão conduzir a Criminologia Radical a concluir que o sistema de controle social, a ter como instrumento central a prisão e como protagonistas a polícia e os agentes integrantes do sistema de justiça criminal, fundamentalmente oculta os *reais objetivos* da dominação exercida pelas classes dominantes sobre as demais, sob o discurso da proteção geral da sociedade e da igualdade formal. Com efeito, o aparelho estatal, manejado pelos representantes das classes políticas e econômicas dominantes, influenciado pela ideologia destas e mediante a utilização do direito como instrumento de imposição de violência legal, acaba por se constituir “organização sistemática da violência” com o objetivo específico de manutenção do *status quo* do quadro liberal, e em decorrência garantir a dominação política e permitir a continuidade da exploração econômica das classes em posição de antagonismo com a classe dominante²²⁰.

A forma política de Estado baseada nos postulados liberais-burgueses estabelecidos após a superação do *Anciën Regime*, que se expressa sobretudo por meio do aparelho jurídico de controle (o direito penal reivindicando a primazia deste controle), segundo a teoria marxiana não pode mais subsistir e deve ser superada, de modo a permitir a construção efetiva de uma sociedade verdadeiramente justa.

Nessa perspectiva, aponta Juarez Cirino dos Santos, a Criminologia radical vincula a crise do direito e a crise do capitalismo; crises estas pensadas a partir das *contradições internas* do modo de produção das classes sociais antagônicas. É a palavra final do mestre paranaense que, congregando as ideias aqui tratadas, dá a dimensão da relação entre a pena carcerária e a Criminologia radical:

A estratégia da Criminologia Radical para o sistema carcerário é, de fato, radical: abolição da prisão. As funções reais do aparelho penal, de reprodução das condições de produção (separação trabalhador/meios de produção), de garantia da exploração capitalista (relações de produção), com as consequências de marginalização social e de desarticulação política da força de trabalho excedente, somado ao fracasso da ideologia penitenciária (controle da criminalidade e correção do criminoso), justificam o objetivo estratégico: a preservação da instituição carcerária só interessa às classes dominantes. Entretanto – além da descriminalização e da despenalização –, o objetivo estratégico de abolição da prisão requer mediações políticas táticas, como a extensão das medidas alternativas da pena e a abertura do cárcere para a sociedade. As formas alternativas da suspensão condicional da pena, do

²²⁰ CIRINO DOS SANTOS, 2008, *idem*, p. 92-93.

livramento condicional, dos regimes de liberdade e de semiliberdade etc. são plenamente justificadas como etapas de aproximação do objetivo estratégico final. A abertura do cárcere para a sociedade limita as consequências de marginalização e desarticulação política promovidas pelo sistema carcerário, possibilitando a reintegração do condenado em sua classe – e, portanto, na sociedade de classes –, pela ação coordenada de associações de presos e de organizações dos trabalhadores, como partidos políticos, sindicatos, comitês de fábrica, associações de bairros etc., transferindo o processo de ressocialização da prisão (Estado) para a comunidade. Esse desdobramento é a alternativa radical ao ‘mito’ da reeducação penal: se o crime é uma resposta pessoal (não política) às condições estruturais adversas, *então* a correção do criminoso pressupõe o desenvolvimento da consciência de classe e sua (re)integração nas lutas coletivas econômicas e políticas da classe trabalhadora e do conjunto de camadas sociais inferiores (Baratta, 1978, p. 17)²²¹.

2.4 A TEORIA NEGATIVA OU AGNÓSTICA DA PENA CRIMINAL E DO CÁRCERE

Assim como os demais discursos críticos da pena criminal de cárcere, também a chamada *teoria agnóstica ou negativa* da pena desenvolve forte argumentação teórica mediante a aproximação entre direito penal e filosofia, constituindo aqui, inclusive, adendo importante para a compreensão de proposta tão extrema, especialmente no que se relaciona à pena de prisão.

Colocando em questão o poder punitivo oficial a partir de uma perspectiva ontológica, os principais expoentes da teoria agnóstica ou negativa apontam que a circunstância de o ser humano, representado pela pessoa da *vítima* na relação material que configura a infração, ter sido alijado da apuração da responsabilização criminal daquele que realiza a infração²²², fez com que este *ser humano* passasse então a ser tratado, a partir da utilização do conhecimento para dispor do poder, como um mero “objeto a ser dominado”. Desse modo, sua própria relevância filosófica ante o saber restou diminuída, e, quiçá, sem importância fundamental, colocado agora o ser humano *vítima* em posição secundária no processo penal. Aduzem, então, que “há inúmeras razões para mostrar a irracionalidade do poder punitivo exercido de uma maneira

²²¹ CIRINO DOS SANTOS, 2008, *idem*, p. 121-122.

²²² “O modelo de *confisco da vítima* no processo penal, que converteu um mecanismo defeituoso de solução de conflitos em um ato de poder vertical que não consegue resolvê-los, estendeu-se a todo o saber e transformou os atos de conhecimento científico em *atos de poder sobre as coisas*”. ZAFFARONI *et alii*, *op. cit.*, p. 501, grifos dos autores.

arbitrária e seletiva, mas uma das chaves de sua sobrevivência secular é justamente sua vinculação com o modo de saber da civilização técnico-científica²²³, algo que Nietzsche e Foucault, cada qual a seu modo, também identificaram.

O saber que condiciona e, ao mesmo tempo, limita o poder, necessariamente conduz o poder (aqui, o poder punitivo) a determinar²²⁴ que o ser humano da era da ciência e do tempo histórico da infração reconhecida como agressão ao próprio soberano (reforçando-se ainda mais a imagem *opaca* da vítima), oriente seus esforços quase exclusivamente, no campo penal, para exigir uma reparação sob a forma de vingança.

Esta mirada pela via do questionamento *ontológico* autoriza, agora, discorrer sobre a localização do poder punitivo dentro do aparelho estatal, identificando, além do próprio modelo de Estado de que se trata, que tipo de poder punitivo é realmente adequado nesta sociedade contemporânea pós-industrial.

Partindo do referencial teórico de que as chamadas funções manifestas, oficiais ou legitimantes da pena criminal fracassam totalmente em especial sob duas perspectivas, quais seja, a de que apenas autorizam a sobreposição do Estado de polícia sob o Estado de direito, e de que a enorme quantidade de instrumentos limitadores do *jus puniendi* comprovam que o assim denominado²²⁵ direito penal subjetivo titulado pelo Estado e que *busca legitimação* por meio das funções oficiais da pena trata-se de uma verdadeira *potentia puniendi*²²⁶, deflui-se que o pressuposto

²²³ ZAFFARONI *et alii*, *idem*, p. 502.

²²⁴ “O certo é que, desde o momento da confiscação da vítima, o poder público adquiriu uma enorme capacidade de decisão (não de solução) nos conflitos, e também, conseqüentemente, de arbitrariedade, uma vez que não apenas seleciona livremente as poucas pessoas sobre as quais, em casos contados, quer exercer o poder, bem como a medida e a forma em que decide fazê-lo. Para tal, exerce um constante poder de vigilância controladora sobre toda a sociedade e, em especial, sobre os que supõe ser, real ou potencialmente, daninhos para a hierarquização social”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. 2ª ed. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 31.

²²⁵ Pela dogmática penal em geral.

²²⁶ “Não se transpõe esse atoleiro com uma nova teoria punitiva, mas sim apelando para uma *teoria negativa ou agnóstica da pena*: deve-se ensaiar uma construção que surja do fracasso de todas as teorias positivas (por serem falsas ou não-generalizáveis) em torno de funções manifestas. Adotando-se uma teoria negativa, é possível delimitar o horizonte do direito penal sem que seu recorte provoque a legitimação dos elementos do estado de polícia próprios do poder punitivo que lhe toca limitar. A questão é *como obter um conceito de pena sem apelas para suas funções manifestas*. A este respeito não é tampouco viável a tentativa de fazê-lo *através de suas funções latentes*, porque estas são múltiplas e nós não as conhecemos em sua totalidade: a polêmica nesse sentido está aberta, constituindo um dos temas mais apaixonantes da criminologia, da macrossociologia e da política, pois a pena é um fenômeno social, total, essencialmente complexo. Pouco se ganha apelando ao conceito sociológico de *controle social*:

fundamental e primeiro da teoria agnóstica centra-se na tese de que o fundamento da sanção criminal é, em última instância, *político*, e jamais jurídico. Nessa senda, a pena deixa de ser reconhecida como simples consequência jurídica de uma infração, para ser contemplada, em vista da inversão da ótica da questão, como verdadeiro *instrumento político* do exercício do poder punitivo pelo Estado²²⁷, seu aparelho oficial e suas agências normalizadoras.

Desse modo, assinala Salo de Carvalho, para a teoria agnóstica, a relação entre pena criminal e direito penal não é mais uma relação de legitimação ou de justificação; ao contrário, o discurso jurídico, pensado agora dentro de um contexto de exercício político do poder, deve ser manejado justamente para atuar na *deslegitimação* dos excessos que exalçam do ininterrupto exercício político do poder de punir²²⁸. Controla-se uma relação de poder de natureza jurídica, e não um imaginário “direito penal subjetivo” do Estado em aplicar a pena criminal como defesa de sua própria estrutura ou, além, *em defesa da sociedade*. Nas palavras de Salo de Carvalho, “se nas democracias a racionalidade jurídica deve assumir o papel de restrição e de controle dos poderes, escapa ao direito a missão de legitimação da sanção penal”²²⁹.

Ao reconhecer que a pena criminal tem fundamento *político*, e não jurídico, e em face da constatação empírica de que, em uma sociedade disciplinar regida pelo fim último de normalizar os sujeitos e os saberes, verifica-se um recrudescimento do punitivismo e uma sofisticação dos meios de punição, os teóricos agnósticos colocam como desafio primordial dos estudos do controle social a exigência de se construir um conceito de *pena* por um caminho distinto daquele pensado a partir das funções a ela imputadas, sejam oficiais ou manifestas, sejam latentes ou reais.

E, sendo assim,

(...) podemos construir o conceito levando em consideração que *a pena é uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes*. O conceito assim enunciado é obtido por exclusão: a pena é um

ainda que ele disponha de certa tradição em seu saber de origem, não é inequívoco e, de certa forma, não passa de ser uma denominação”. ZAFFARONI *et alii*, *op. cit.*, p. 98.

²²⁷ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 147.

²²⁸ CARVALHO, *idem*, *ibidem*.

²²⁹ CARVALHO, *idem*, *ibidem*.

exercício de poder que não tem função reparadora ou restitutiva nem é coerção administrativa direta. Trata-se, sim, de uma coerção que impõe privação de direitos ou dor, mas que não corresponde aos outros modelos de solução ou prevenção de delitos (não faz parte da coerção estatal reparadora ou restitutiva nem da coerção estatal direta ou policial). Trata-se de um *conceito de pena que é negativo* por duas razões: a) não concede qualquer função positiva à pena; b) é obtido por exclusão (trata-se de coerção estatal que não entra no modelo reparador nem no administrativo direto). É *agnóstico* quanto à sua função, pois confessa não conhecê-la. Essa teoria negativa e agnóstica da pena permite incorporar as leis penais latentes e eventuais ao horizonte do direito penal e, por conseguinte, fazer delas sua matéria, assim como *desautoriza os elementos discursivos negativos do direito penal dominante*²³⁰.

Deriva dessa construção a conclusão de que, para um modelo agnóstico da pena, entendida esta enquanto instrumento *político* de controle social, sua função não poderia e jamais deveria estar atrelada à retribuição, à neutralização do indivíduo, à reparação do dano, à proteção, à prevenção, à exclusão dos não consumidores no capitalismo tardio, ou ainda à retribuição equivalente da pena medida a partir do tempo tomado da força de trabalho²³¹. Por se tratar de instrumento político, a única função *negativo-agnóstica* admissível seria a de *conter o poder punitivo*, controlar o poder estatal de punição e limitá-lo dentre balizas democráticas autorizadas em um *Estado de direito*.

Ora, para a linha agnóstica, não é a partir da dogmática jurídica que será possível compreender o autêntico papel da pena criminal.

A dogmática jurídico-penal dirige-se aos atores processuais e aos operadores do direito penal no âmbito de uma determinada relação processual-penal; a legitimidade haurida da dogmática jurídico-penal está centrada em justificar o *poder da agência judicial* (do juiz) na prolação de uma decisão de mérito sobre um dado caso penal que lhe fora apresentado no movimento das engrenagens do sistema de justiça criminal. Mas, obviamente, legitimar a atuação do juiz penal é diferente do trabalho de conceituar e justificar a pena criminal. Nessa medida, a justificação da pena criminal, muito mais que uma tarefa dogmática, deriva da problematização e de reflexões *filosófico-políticas*.

²³⁰ ZAFFARONI *et alii*, *op. cit.*, p. 99-100.

²³¹ Nesse ponto, Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar fazem uma advertência importante: "Pretender isolar as funções reais da pena do poder punitivo é uma formalização jurídica artificial: o maior poder do sistema penal não reside na pena, mas sim no poder de vigiar, observar, controlar movimentos e ideias, obter dados da vida privada e pública, processá-los, arquivá-los, impor penas e privar de liberdade sem controle jurídico, controlar e suprimir dissidências, neutralizar as coalizações entre desfavorecidos, etc.". ZAFFARONI *et alii*, *op. cit.*, p. 98.

A dogmática se preocupa com a tarefa do julgador e, contemporaneamente, com a atuação deste ator processual na decisão de um caso penal, atento este ator, todavia, às garantias liberais positivadas nas Constituições dos séculos XIX e XX.

Contudo, a operacionalidade do sistema punitivo e a justificação da imposição do castigo criminal como exercício de uma relação de poder, ao contrário, não são problemas que em última análise interessam à dogmática ou com base nela encontram algum tipo de explicação racional, mas sim à filosofia política e a compreensão, neste âmbito, do funcionamento desse *mecanismo de poder*. Portanto, “no que tange à produção de criminalização, a atividade dos operadores do direito (julgador, acusador e defensor) é sempre residual, constituindo-se como uma pequena engrenagem no fluxo contínuo do punitivismo”²³².

Para a teoria agnóstica, destarte, é preciso negar todo e qualquer fundamento dogmático-jurídico da pena, e pensar a sua justificação a partir de outro domínio do saber, qual seja, o da *filosofia política*. Com efeito, a construção de um discurso sério de negativa das teorias “positivas” da pena e de suas funções manifestas/oficiais terá o efeito benéfico de, por um lado, reduzir os danos causados pelo excesso no exercício da relação de poder de punir, e, por outro, possibilitar, cada vez mais, a compreensão da natureza política do *potestas puniendi*. A pena criminal, assim, despida de qualquer função legitimante e sem a exigência de justificar de modo totalitário o próprio funcionamento do direito penal, é alocada pelos teóricos agnósticos para a esfera política das relações do Estado como uma forma de “representação concreta do poder”²³³, passando a ser compreendida, portanto, em campo epistemológico absolutamente diverso daquele pensado pela dogmática penal.

A partir desse *a priori*, vale dizer, de que o conceito de pena significa compreendê-la como um mero ato de poder que tem exclusiva explicação política, caberia então à dogmática o desafio de construir uma teoria jurídica relativa ao exercício de uma relação de poder que não tem, em absoluto, fundamento jurídico,

²³² CARVALHO, *op. cit.*, p. 152-153. O referido autor, inclusive, deduz importante advertência neste âmbito: “Embora sejam evidentes os números relativos à seletividade penal, à vulnerabilidade e às cifras ocultas, a ampliação superlativa nos níveis de encarceramento nas duas últimas décadas demonstra que a atuação dos operadores do direito, apesar de residual, produz importantes impactos no processo de criminalização, isto é, esta residualidade não significa insignificância” (p. 153).

²³³ CARVALHO, *idem*, p. 154.

senão político. Tal construção, desse modo, impactaria na própria compreensão *ontológica* do direito penal e de sua proposição teleológica, na medida em que, se a pena é poder político e não possui legitimação a partir do direito, logo o direito penal não teria como missão a legitimação de todo o processo de legitimação e menos ainda a legitimação de todos os tipos de relação de poder punitivo atrelados ao cometimento de uma infração penal compreendida como afronta ao próprio Estado enquanto *poder soberano*. Dessa forma, a missão que democraticamente compete ao direito penal da contemporaneidade somente pode ser a de legitimar o desenvolvimento do único empreendimento de atuação oficial que pode, realmente, influenciar e determinar: as decisões dos atores processuais e, em última análise, das “agências jurídicas” que integram todo e qualquer sistema de justiça criminal.

Portanto, o único exercício de poder que o direito penal pode programar não deve exceder o âmbito do reduzido poder jurisdicional exercido sobre a criminalização secundária. Não possuem as agências jurídicas tampouco poder para neutralizar a enorme potência das restantes agências do sistema penal nem para substituir os modelos punitivos de decisão de conflitos por modelos de solução efetiva dos mesmos. No marco de um imenso exercício de poder não-legitimado por sua racionalidade, as agências jurídicas só podem decidir acerca da submissão de pouquíssimas pessoas, mais ou menos arbitrariamente selecionadas, geralmente em função de estereótipos e inabilidades (obras tocas) que favorecem seu protagonismo conflitivo. Os operadores das agências jurídicas devem tomar decisões nesses casos, porque se não o fizerem o poder restantes do sistema penal se estenderia sem limites e arrasaria todo o estado de direito. Esse dever decisório constitui sua função jurídica e, como tal, será racional se exercido à medida que seu próprio poder o permitir, bem como se orientado para a limitação e contenção do poder punitivo. Sempre que as agências jurídicas decidirem limitando ou contendo as manifestações de poder próprias do estado de polícia, e para isto fizerem excelente uso de seu próprio poder, estarão legitimadas, como função necessária à sobrevivência do estado de direito e como condição para sua afirmação refreadora do estado de polícia que em seu próprio seio o estado de direito invariavelmente encerra²³⁴.

De acordo com a teoria negativa, portanto, não cabe às agências jurídicas, ao ator processual juiz e, por fim, ao próprio judiciário, por meio de suas funções e atribuições, justificar e dispor de relações de poder punitivo que, em última análise, não as pertencem ou não são legitimadas por qualquer argumento jurídico de racionalidade. Ao contrário do sustentado pela dogmática jurídico-penal e, conseqüentemente, pelas teorias positivas ou legitimadoras da pena (que, ao reputar a pena como uma

²³⁴ ZAFFARONI *et alii*, *op. cit.*, p. 108.

consequência da infração ou do delito, afirmam que a natureza desta é jurídica), os teóricos agnósticos assinalam o caráter político da pena criminal, o que conduz, portanto, à conclusão de que o único papel democrático que compete às agências jurídicas e ao juiz é o de, aí sim legitimamente, limitar e conter o poder punitivo e o desenvolvimento de suas relações (inclusive aquelas capilares, atinentes ao *microcosmos do poder* de que nos fala Michel Foucault).

A proposta filosófico-política da teoria agnóstica é clara e metodologicamente bem recortada: ao *negar* toda função oficial ou manifesta do poder punitivo e ao adotar *postura cética* quanto à demonstração empírica de quaisquer das funções reputadas latentes ou reais da pena criminal, o jurista e o próprio sistema do direito penal somente encontram justificação coerente e racional (para sua própria existência) na redução do sofrimento humano e, especialmente, na atuação concreta com vistas à limitação e contenção do poder punitivo que se origina em plano diverso do plano jurídico²³⁵, não sendo destarte possível à própria teoria do direito penal realizar qualquer outra finalidade que não a de construir um programa dogmático²³⁶ voltado a permitir um conteúdo programático decisório que se oriente, exclusivamente, por limitar e conter o poder punitivo.

Destarte, ao pensar a coerção não como uma resposta do direito ao ilícito penal, mas sim como um ato de poder derivado do exercício das relações do poder punitivo, invariavelmente a relação de dependência entre a pena e o direito resta destroçada: a pena (e, conseqüentemente, o cárcere) como decorrência do delito e como consequência do exercício do poder punitivo por meio do direito é ideia negada por este grupo de teóricos, visto que a definição e a determinação do poder de punição não estão compreendidas no plano jurídico e dele não se origina em hipótese alguma, mas, antes, estão compreendidas no plano político, das escolhas de estratégias ligadas mesmo ao concreto exercício das relações de poder. Não há, destarte, como se compreender a pena como conceito jurídico, mas, ao contrário, como um conceito político, como já dizia, por exemplo, Tobias Barreto.

²³⁵ CARVALHO, *op. cit.*, p. 156.

²³⁶ “Projetar um modelo dogmático amparado por uma visão realista do fenômeno punição implica a recusa desta espécie de *esquizofrenia secular*, que embriaga o discurso penal, na qual são propostos modelos teóricos metafísicos de legitimação do ilegítimo”. CARVALHO, *idem*, p. 159.

De modo então a não legitimar, sob qualquer aspecto, a sobreposição do estado de polícia em face do estado de direito, ao negar a possibilidade de sustentação das chamadas funções legitimadoras da pena e, via de consequência, ao demonstrar a falácia dos discursos oficiais justificadores da pena criminal (note-se que tal discurso ainda está preso ao argumento de que o conceito de pena é jurídico), os autores da teoria negativa/agnóstica, especialmente Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar, defendem a renúncia a qualquer teoria positiva da pena e qualquer argumento que busque legitimar a pena fora dos quadrantes políticos, principalmente porque a referência às teorias positivas da pena criminal legitimam, de algum modo, o estado de polícia, traduzem discurso que oculta o verdadeiro funcionamento das relações de poder punitivo e, ainda, permitem a sobrelevação do Estado de polícia sobre o Estado de direito.

Neste capítulo, em que restaram abordadas as teorias críticas da prisão desenvolvidas pela Criminologia, pela Sociologia e pela Penologia, é possível perceber que o discurso crítico teve grande sucesso ao colocar em questão a legitimidade da prisão e procurar determinar qual a real função desempenhada por esta instituição total, permitindo, via de consequência, que eclodisse sério debate acerca das teorias jurídico-penais adotadas pelo discurso penal que, em última análise, continuam a permitir o uso do cárcere como resposta jurídico-estatal à delinquência. E, como já mencionado no fim do primeiro capítulo, deste contraste entre os discursos oficial jurídico-penal e o crítico, será possível desenvolver abordagem mais vertical da instituição prisão, especialmente levando-se em conta o quadro fático desta instituição total no Brasil e, de certo modo, também na América Latina.

3. A PRISÃO COMPREENDIDA COMO MECANISMO DE CONTROLE: UMA REFLEXÃO A PARTIR DO CONTRASTE ENTRE O DISCURSO OFICIAL DA PENA CRIMINAL E OS DISCURSOS CRÍTICOS DA PRISÃO. CÁRCERE, SOCIEDADE MODERNA E PÓS-MODERNIDADE

Dedicar-se a estudar o que circunda e envolve a instituição prisão, por si só, já se mostra uma tarefa árdua.

Contudo, tomar o cárcere a partir de sua própria ontologia, com vistas a determinar seu *conceito e significado*, ou simplesmente pelo destaque de suas características visíveis e perceptíveis, a despeito de também importante, coloca o problema em um campo específico da dogmática penal ou da criminologia que não corresponde exatamente à preocupação externada nesta investigação.

Apresentada essa premissa, o que efetivamente aqui se propõe, em uma linha foucaultiana, é refletir sobre a prisão como mecanismo de exercício das relações de poder e, nessa medida, pensá-la como instrumento de controle social. É de absoluta importância determinar como a prisão é utilizada como mecanismo de exercício de poder por parte da classe política e economicamente dominante sobre os demais setores sociais vulneráveis (categorias sociais inteiras), e de que forma o cárcere tem sido utilizado com esta função, em especial desde o final do século XX.

Michel Foucault, nas obras “A verdade e as formas jurídicas”, “Em Defesa da Sociedade” e “Vigiar e Punir”, propõe a si como objetivo principal compreender e determinar o processo social pelo qual, no final do século XVII e todo o século XVIII, começaram a surgir técnicas de poder que objetivavam o corpo dos indivíduos e o exercício do controle por meio, em um primeiro momento, da punição. Sua preocupação se voltará a determinar os procedimentos de controle por meio da punição, desde a escola, os ateliês e os quartéis, passando pelas fábricas e oficiais e desaguando nos mecanismos mais explícitos do exercício dessas relações de poder (tanto centrais como microfísicas), *o hospital e a prisão*, principalmente como a punição é exercida, como os

corpos são distribuídos e alocados espacialmente e, ainda, como a punição conduz à vigilância, que se tornará, em sua obra, fator de central atenção²³⁷.

Permeando todas essas instituições, existe uma racionalidade “que age nesse sistema de poder pelo modo estritamente econômico com que opera, da maneira menos custosa possível, por todo um sistema de vigilância, de hierárquica, de inspeção, de relatórios”²³⁸.

A partir dessa racionalidade se implementará uma *tecnologia da disciplina* que conformará todas as instituições supramencionadas e que, de maneira geral, caracterizará a sociedade humana a partir de então. O panoptismo e a sua vigilância, a sanção normalizadora e o exame, dessa forma, restarão articulados de modo a construir uma modalidade de poder que, mais do que o corpo, alcançará a alma dos indivíduos, a sua própria vida²³⁹.

A prisão, inserida nesse contexto de relação de poder, sugere ao menos duas razões fundamentais para a percepção de seu verdadeiro papel nas sociedades contemporâneas de um modo geral.

Por um lado, como principal resposta do sistema àquilo que se convencionou denominar *delinquência*, é a expressão maior, como castigo, de tudo aquilo que envolve, permeia e justifica a existência de um sistema punitivo baseado no direito penal. Desse modo, todos os discursos moldados para justificar o castigo como resposta do detentor do poder de punir (o Estado) tem como fator-chave a prisão, e esta não pode em absoluto ser compreendida fora do contexto das denominadas teorias da pena, ainda que seja para compreender que a justificação jurídica da pena é uma falácia e encobre/oculta, na verdade, o verdadeiro argumento de explicação material do cárcere. Nessa senda, também os discursos críticos desenvolvidos contra as teorias legitimantes da pena se constroem a partir da prisão e de suas idiosincrasias, com o intuito efetivo de afastar esse “encobrimento teórico” de forma a

²³⁷ Não se pode deixar de consignar a observação de Rusche e Kirchheimer: “Em fins do século XVIII era comum combinar os mais diferentes propósitos numa mesma instituição. A casa de Pforzheim, mantida com muita afeição e carinho pelos príncipes de Baden, era um orfanato, um instituto para cegos, surdos e mudos, um asilo para loucos, um centro de assistência à infância e uma colônia penal, tudo numa só”. RUSCHE e KIRCHHEIMER, *op. cit.*, p. 98.

²³⁸ MOTA, Manoel Barros da, *in* FOUCAULT, Michel. **Coleção Ditos e Escritos, Vol. IV: estratégia, poder-saber**. 3ª ed. Organização, seleção de textos e revisão técnica de Manoel Barros da Motta. Tradução de Vera Lucia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012, apresentação, p. X.

²³⁹ Chamado de *biopoder* ou *biopolítica*.

revelar as autênticas razões da manutenção da utilização do instrumento prisão durante dois séculos, e, quiçá, construir a partir da crítica criminológica da prisão e da pena criminal uma política pública oficial que seja apta a implementar amplas reformas sociais e institucionais para “o desenvolvimento da igualdade, da democracia, de formas de vida comunitária e civil alternativas e mais humanas”²⁴⁰.

De outro lado, e ainda mais importante, todos os debates e as polêmicas que se estabeleceram e se estabelecem sobre o cárcere desde que este foi alçado à condição de pena universal em específico no fim do século XVIII (quando deixa de ser simplesmente Casa de Correção, e passa a ser o cárcere da era moderna) colocam em pauta um questionamento fulcral: como uma estrutura que desde o seu surgimento há cerca de 200 (duzentos) anos, como mecanismo que instrumenta de modo universal a pena criminal, foi alvo de grande crítica, e que, durante todo esse período, foi tão censurada, pôde resistir por tanto tempo e chegar ao início do século XXI ostentando, de forma quase inabalável (ao menos sob a perspectiva do aparelho estatal), a mesma condição de instrumento principal da exigência da pena?²⁴¹

Esta é, sem dúvida, a questão fundamental: como a prisão resistiu a todo tipo de crise e crítica no decorrer destes 200 (duzentos) anos, e chega a esta fase *pós-moderna* da humanidade ainda como o principal instrumento para a aplicação da pena criminal? Para além, quais os mecanismos contemporâneos que a mantêm neste patamar de suposta legitimidade?

Uma abordagem dessa ordem não poderia prescindir, em absoluto, do exame das principais teorias da pena criminal, a fim de que se possa conhecer e trabalhar com

²⁴⁰ BARATTA, *op. cit.*, p. 201.

²⁴¹ FOUCAULT, 2012a, *op. cit.*, p. 148. Ainda no mesmo texto (“A Prisão vista por um Filósofo Francês”), Foucault aduz o seguinte: “As explicações dadas até o momento se reportavam essencialmente às modificações econômicas da sociedade. No tempo dos príncipes, em uma sociedade do tipo feudal, o valor de mercado do indivíduo como mão de obra era mínimo, a própria vida, por causa das violentas epidemias, da grande mortalidade infantil, etc., não tinha de modo algum o mesmo valor que nos séculos seguintes. Seja como for, o objetivo do castigo não era levar à morte; a arte do suplício, ao contrário, consistia em retardar a morte ao máximo em uma ‘requintada agonia’, como o diz um de seus teóricos. Nesse sentido, o momento da mudança qualificativa, na filosofia do castigo, foi a guilhotina. Hoje, tem-se o hábito de falar disso como de um vestígio da barbárie medieval. Não se trata disso. Em sua época, a guilhotina foi uma engenhosa pequena máquina que transformou o suplício em execução capital, que se efetuava como um relâmpago, de modo quase abstrato, verdadeiro grau zero de sofrimento. Apelava-se sempre ao povo para que ele assistisse ao ritual teatral da pena, mas somente a fim de ratificar a execução, e não para que ele participasse dela. Com a nova estrutura econômica da sociedade, a burguesia precisa organizar sua chegada ao poder com a ajuda de uma nova tecnologia penal muito mais eficaz do que a precedente”.

as categorias oferecidas pelo discurso jurídico-penal acerca da pena e, nesta quadra, analisar a (i)legitimidade de seus fundamentos no que toca à utilização do cárcere como estrutura canalizadora da aplicação da pena criminal.

Nessa medida, procurou-se apresentar, no primeiro capítulo (desta dissertação), os discursos oficiais que pretendem conferir legitimidade dogmático-penal à pena criminal e, conseqüentemente, à prisão (como instrumento maior de sua aplicação), sobretudo os discursos retribucionista e de prevenção, em seus mais diferentes matizes. Por seu turno, no segundo capítulo, a preocupação foi apresentar os mais importantes discursos críticos da utilização do cárcere na condição de instrumentalização da pena criminal, a fim de explicitar do modo mais claro possível que os discursos oficiais, que têm por função última conferir legitimidade ao cárcere, encontraram severas²⁴² objeções e rejeições, como já mencionado, em especial a partir da segunda metade do século XX, mediante os discursos da prisão como controle disciplinarizante e normalizador do indivíduo (Michel Foucault), das teorias do etiquetamento do desvio social congregadas na figura teórica do *labeling approach*, dos discursos materialista-marxianos da criminologia crítica e da criminologia radical e, ainda, dos discursos agnósticos e negativos da pena, sobretudo em razão mesmo da própria existência da prisão.

O momento histórico, quer parecer, está a indicar fortemente, e mesmo a exigir, que se realize cientificamente o *contraste* e o *confronto* entre os discursos oficiais (ligados à dogmática jurídico-penal) e os discursos críticos (ligados à criminologia, à sociologia e à penologia), tomando-se como referencial a realidade local brasileira (e também latino-americana, de modo a manter essa contextualização necessária), a fim de revelar se as teorias legitimantes da prisão, em alguma medida, sustentam-se diante da realidade material-histórica, e, em caso negativo, tentar indicar respostas à fundamental questão colocada por Foucault e trazida linhas acima.

Antes, porém, de se promover esse contraste científico entre os discursos, há que se fazer, à maneira nietzscheniana, algo como que uma *genealogia* da prisão, vale dizer, compreender como uma ferramenta acessória do sistema de repressão tornou-se

²⁴² Poderia mesmo se dizer, *insuperáveis*.

fundamental para a sociedade europeia (e, depois, para outras partes do mundo) em um contexto histórico muito específico, relacionado ao início do período industrial.

E não há como se proceder essa análise sem recorrer às obras de Georg Rusche e Otto Kirchheimer (em especial, *Punição e Estrutura Social*²⁴³), e de Michel Foucault (em especial, *Vigiar e Punir*²⁴⁴).

Como consignado no item nº 2.2 deste trabalho, Foucault constata que a grande ritualização pública do suplício e da morte foi gradativamente desaparecendo a partir da segunda parte do século XVIII, em razão do surgimento de uma nova *tecnologia de poder*, compreendida na medida em que o poder soberano não mais se estabelece somente no direito de fazer morrer e deixar viver, mas passa, doravante, a se estabelecer primordialmente no *direito de fazer viver e deixar morrer*.

No fim do século XVIII e começo do XIX, a despeito de algumas grandes fogueiras, a melancólica festa de punição vai-se extinguindo. Nesta transformação, misturam-se dois processos. Não tiveram nem a mesma cronologia nem as mesmas razões de ser. De um lado, a supressão do espetáculo punitivo. O cerimonial da pena vai obliterando e passa a ser apenas um novo ato de procedimento ou de administração. A confissão pública dos crimes tinha sido abolida na França pela primeira vez em 1791, depois novamente em 1830 após ter sido restabelecida por breve tempo; o pelourinho foi supresso em 1789; a Inglaterra aboliu-o em 1837. As obras públicas que a Áustria, a Suíça e algumas províncias americanas como a Pensilvânia obrigavam a fazer em plena rua ou nas estradas – condenados com coleiras de ferro, em vestes multicores, grilhetas nos pés, trocando com o povo desafios, injúrias, zombarias, pancadas, sinais de rancor ou de cumplicidade – são eliminados mais ou menos em toda parte no fim do século XVIII, ou na primeira metade do século XIX. O suplício de exposição do condenado foi mantido na França até 1831, apesar das críticas violentas – “cena repugnante”, dizia Réal; ela é finalmente abolida em abril de 1848. Quanto às cadeias que arrastavam os condenados a serviços forçados através de toda a França, até Brest e Toulon, foram substituídas em 1837 por decentes carruagens celulares, pintadas de preto. A punição pouco a pouco deixou de ser uma cena. E tudo o que pudesse implicar espetáculo desde então terá um cunho negativo; e como as funções da cerimônia penal deixavam pouco a pouco de ser compreendidas, ficou a suspeita de que tal rito que dava um ‘fecho’ ao crime mantinha com ele afinidades espúrias: igualando-o, ou mesmo ultrapassando-o em selvageria, acostumando os espectadores a uma ferocidade de que todos queriam vê-los afastados, mostrando-lhes a frequência dos crimes, fazendo o carrasco se parecer com criminoso, os juízes aos assassinos, invertendo no último momento os papéis, fazendo do suplicado um objeto de piedade e admiração. (...).

A punição vai-se tornando, pois, a parte mais velada do processo penal, provocando várias consequências: deixa o campo da percepção quase diária e

²⁴³ GEORG RUSCHE e OTTO KIRCHHEIMER, com a obra *Punição e Estrutura Social*.

²⁴⁴ MICHEL FOUCAULT, com a obra *Vigiar e Punir*.

entra no da consciência abstrata; sua eficácia é atribuída à sua fatalidade, não à sua intensidade visível; a certeza de ser punido é que deve desviar o homem do crime e não mais o abominável teatro; a mecânica exemplar da punição muda as engrenagens. Por essa razão, a justiça não mais assume publicamente a parte de violência que está ligada a seu exercício. O fato de ela matar ou ferir já não é mais a glorificação de sua força, mas um elemento intrínseco a ela que ela é obrigada a tolerar e muito lhe custa ter que impor. As caracterizações da infâmia são redistribuídas: no castigo-espetáculo um horror confuso nascia do patíbulo; ele envolvia ao mesmo tempo o carrasco e o condenado: e se por um lado sempre estava a ponto de transformar em piedade ou glória a vergonha infligida ao supliciado, por outro lado, ele fazia redundar geralmente em infâmia a violência legal do executor. Desde então, o escândalo e a luz serão partilhados de outra forma; é a própria condenação que marcará o delinquente com sinal negativo e unívoco: publicidade, portanto, dos debates e da sentença; quanto à execução, ela é como uma vergonha suplementar que a justiça tem vergonha de impor ao condenado; ela guarda distância, tendendo sempre a confiá-la a outros e sob a marca do sigilo. É indecoroso ser passível de punição, mas pouco glorioso punir. Daí esse duplo sistema de proteção que a justiça estabeleceu entre ela e o castigo que ela impõe. A execução da pena vai-se tornando um setor autônomo, em que um mecanismo administrativo desonera a justiça, que se livra desse secreto mal-estar por um enterramento burocrático da pena. É um caso típico na França que a administração das prisões por muito tempo ficou sob a dependência do Ministério do Interior, e a dos trabalhos forçados sob o controle da Marinha e das Colônias. E acima dessa distribuição de papéis se realiza a negação teórica: o essencial é procurar corrigir, reeducar, curar; uma técnica de aperfeiçoamento recalca, na pena, a estrita expiação do mal, e liberta os magistrados do vil ofício de castigadores. Existe na justiça moderna e entre aqueles que a distribuem uma vergonha de punir, que nem sempre exclui o zelo; ela aumenta constantemente: sobre esta chaga pululam os psicólogos e o pequeno funcionário da ortopedia moral²⁴⁵.

Essa “metamorfose dos métodos punitivos”²⁴⁶, quando o suplício é posto à margem do sistema de punição, corresponde a pelo menos dois fatores de importância fulcral para a compreensão do tema.

Em primeiro lugar, a partir de Rusche e Kirchheimer, seja pelo papel positivo ou negativo da repressão, passa-se a se perceber a relação entre *mercado de trabalho* e *sistema punitivo*, na medida em que, então, “o trabalhador integrado no mercado de trabalho é controlado pelo sistema do capital, enquanto o trabalhador fora do mercado de trabalho é controlado pela disciplina da prisão”²⁴⁷. Rusche e Kirchheimer desvendam, a partir do processo de industrialização da sociedade moderna, a relação entre os vários modelos punitivos e os sistemas de produção do capital. Com o fim do sistema econômico baseado na escravidão e nas relações feudais, não era mais

²⁴⁵ FOUCAULT, 2009, *op. cit.*, p. 13-15.

²⁴⁶ FOUCAULT, 2009, *op. cit.*, p. 27.

²⁴⁷ CIRINO DOS SANTOS, 2010, *op. cit.*, p. 437-438.

interessante, sob o ponto de vista da acumulação de riquezas, a imposição de suplícios até a morte ou a total inutilização do indivíduo; não interessava mais ao poder soberano impor o suplício e a morte que, em última medida, descartava mão de obra produtiva em um período histórico que seu aproveitamento, fosse como fosse, era algo de elevado apreço em um momento em que a moeda e a produção industrial adquiriam importância.

Com o fortalecimento do sistema mercantilista em vias de industrialização, portanto, e sem se desconsiderar os altos custos decorrentes do transporte de prisioneiros para o trabalho em galés ou mesmo para sua deportação para colônias ou destacamentos militares distantes²⁴⁸, exigia-se um mercado com mão de obra livre e o aproveitamento do máximo possível de potencial de trabalho do delinquente a incrementar as relações de produção; nesse cenário, o suplício, os castigos corporais, a morte, necessariamente tiveram de ser colocados à margem, fazendo surgir, portanto, as formas de detenção com fim corretivo e formador de personalidade²⁴⁹. Evoluindo o corpo social europeu, em fins do século XVII, para o estabelecimento das bases do que viria a ser denominado *mercantilismo*, a produção industrial necessita de força de trabalho apta a responder a cada vez maior especificidade das funções relacionadas à produção industrial. Como, em decorrência de uma série de razões (baixa população, baixa instrução, pestes, guerras, dentre outras), a força de trabalho livre era extremamente escassa à época, implementa-se uma alteração nas relações de poder decorrentes do sistema punitivo alimentado pelas normas penais: para fazer frente, desse modo, às mudanças da estrutura econômica, os castigos corporais, os suplícios, a remessa às galés e a morte são postas em segundo plano, e é então introduzida a *prisão* como principal modalidade punitiva²⁵⁰.

Até o século XVIII, as grades foram simplesmente o lugar de detenção antes do julgamento, onde os réus quase sempre perdiam meses ou anos até que o caso chegasse ao fim. As condições de encarceramento desafiavam qualquer descrição. As autoridades usualmente não previam nenhuma provisão para a manutenção dos presos, e o ofício de guarda era um negócio lucrativo até os fins do século XVIII. (...). Porém, o sistema de prisão moderno enquanto método de exploração do trabalho e, igualmente, importante no período mercantilista,

²⁴⁸ RUSCHE; KIRCHHEIMER, *op. cit.*, p. 84-93.

²⁴⁹ FOUCAULT, 2009, *op. cit.*, p. 28.

²⁵⁰ CIRINO DOS SANTOS, 2008, *op. cit.*, p. 66.

enquanto maneira de treinar as novas reservas de força de trabalho, foi realmente a consequência necessária das casas de correção²⁵¹.

No surgimento, no início do século XVIII, da sociedade industrial, consolidou-se então a tendência de substituição da punição corporal por trabalho forçado no âmbito das casas de correção e, posteriormente, pela doutrinação do trabalho da fábrica aos encarcerados no modelo de prisão que se consolidou com a passagem do tempo²⁵². Não gratuitamente, “de todas as motivações da nova ênfase no encarceramento como método de punição, a mais importante era o lucro, tanto no sentido restrito de fazer produtiva a própria instituição quanto no sentido amplo de tornar todo o sistema penal parte do programa mercantilista do Estado”²⁵³.

Com a ruptura da ordem social feudal no século XVII, verifica-se na Europa um substancial aumento da subpopulação urbana formada em grande parte por desempregados vindos das áreas rurais, que acabaram por se transformar em um grave problema para a produção mercantil e para o comércio que se formava a partir do mercantilismo. Desse modo, o controle dessa massa de desempregados tornou-se um problema de ordem sociopolítica que demandava urgente solução, que, todavia, especialmente por conta das altas cifras necessárias, já não encontrava resposta nos velhos métodos de punição do suplício, das galés e da morte. O massivo encarceramento, em casas de correção²⁵⁴, transformou-se então na solução desse problema, iniciando-se o processo que culminaria, por fim, com o protagonismo do cárcere dentro do sistema penal.

Deste modo, e sob a filosofia econômica mercantilista dominante à época, “uma vez institucionalizado este método, não surpreende que mendigos e vagabundos fossem forçados a trabalhar, e em tarefas que exigissem o maior rendimento possível”²⁵⁵.

Durante os séculos XVII e XVIII, as casas de trabalho e de correção foram se difundindo por países até agora não mencionados aqui, mas particularmente na Alemanha. Essa difusão – que coincide muitas vezes com o despertar

²⁵¹ RUSCHE; KIRCHHEIMER, *op. cit.*, p. 95-96.

²⁵² RUSCHE; KIRCHHEIMER, *idem*, p. 101.

²⁵³ RUSCHE; KIRCHHEIMER, *idem*, p. 103.

²⁵⁴ Aqui indicar todos os nomes dados às casas de correção – ver Mathiesen, Melossi e Cirino.

²⁵⁵ MATHIESEN, *op. cit.*, p. 49.

econômico, político e cultural mais geral da idade do Iluminismo (de fato, diversas instituições visitadas por Howard eram de construção bastante recente) – corresponde sobretudo a um declínio do uso das velhas formas punitivas, consubstanciadas na pena capital ou em punições corporais. Por conseguinte, as teses de Rusche e Kirchheimer acerca de uma suposta decadência generalizada da instituição carcerária neste período devem ser consideradas com uma certa atenção crítica. Antes de tudo, convém deixar claro que estes autores entendem por decadência não uma diminuição do uso da *pena de detenção*, nem a difusão, portanto, das instituições concebidas com esse objetivo – as casas de correção, contrapostas às velhas prisões de custódia, que Howard encontra sistematicamente semidesertas –, mas sim uma deterioração do regime interno do cárcere, no qual são abandonadas as finalidades econômicas e, por isso, indiretamente, ressocializantes, sendo perseguidos, ao contrário, objetivos punitivos e terroristas²⁵⁶.

A circunstância de o cárcere deixar de ser simples depósito de indivíduos aguardando sentença sem qualquer possibilidade de exploração comercial e, potencialmente, tornar-se um *dispositivo* que permitiria um fator interessante para o incremento das relações de produção pela obrigatoriedade do trabalho aos prisioneiros como modo de correção destes, segundo Rusche e Kirchheimer²⁵⁷, foi o que, no início dos Setecentos, possibilitou que o encarceramento abandonasse sua posição acessória no modelo repressivo penal da época e fosse, assim, alçado à condição de forma regular e principal de punição, perdurando essa condição durante um determinado período histórico, enquanto mantida a demanda por trabalho dos indivíduos encarcerados, o que todavia viria a ocorrer logo na segunda metade do século XVIII, produzindo o que Rusche e Kirchheimer vão denominar “superpopulação relativa”²⁵⁸.

²⁵⁶ MELOSSI; PAVARINI, *op. cit.*, p. 80.

²⁵⁷ “Desde 1939, Rusche e Kirchheimer esclareceram as relações existentes entre mercado de trabalho, sistema punitivo e cárcere. Um discurso sobre as relações existentes entre emprego e criminalidade não exaure, contudo, todo o tema da marginalização criminal, sobretudo porque o ‘mercado de trabalho’ se manifesta, no sistema capitalista, como uma dimensão não só econômica, mas política e econômica ao mesmo tempo, sobre a qual influi o sistema de *status* e o poder estatal. [E] é claro que o processo de exclusão implicado no mercado de trabalho representa um terreno de cultura para a marginalização criminal” (BARATTA, 2010, *op. cit.*, p. 189).

²⁵⁸ RUSCHE; KIRCHHEIMER, *op. cit.*, p. 104 e 125. Ainda, apontam: “O tear doméstico (*home spinning*), que costumava ocupar distritos inteiros, era incapaz de satisfazer a demanda por fios da indústria têxtil. A introdução de teares mecânicos incrementou a produção por trabalhador empregado num tal grau que tornou possível desenvolver a indústria têxtil de forma a atingir as necessidades de todos os mercados possíveis sem depender da fiação manual. A consequência foi que a tecelagem deixou de ser uma das subsidiárias da indústria doméstica com a qual o povo pobre inglês se arranjava para completar os ganhos insuficientes do trabalho no campo. Toda a tecelagem era agora feita em fábricas, e os homens frequentemente viram-se impossibilitados de competir com as mulheres e crianças. O mesmo processo de industrialização gradualmente espalhou-se das tecelagens de algodão para outros tipos de empresa. Mais e mais as pessoas foram atiradas fora do trabalho, aumentando o desemprego industrial” (p. 125).

Com o agravamento da luta pela sobrevivência em razão da introdução das máquinas a vapor para desempenhar grande parte das funções realizadas anteriormente pela classe trabalhadora/proletária, esta percebeu seu padrão de vida ser reduzido a um patamar extremamente baixo. Em decorrência da “enorme proporção que o crime atingiu durante a grande crise industrial”²⁵⁹, o encarceramento tornou-se alvo de críticas e surgiu, novamente, o discurso de que a pena deveria ser um símbolo de terror para os delinquentes, algo que os torturasse e os eliminasse completamente, conduzindo ao recrudescimento da utilização do aparelho repressor do Estado via sistema penal.

Interessante contextualizar o castigo penal com as consequências sociais decorrentes da mudança histórica do mercantilismo para a industrialização e a afirmação do capitalismo, a partir da Revolução Industrial que, gradativamente, com o surgimento da máquina a vapor e os processos mecanizados de produção industrial, conduz ao surgimento de um contingente enorme de desempregados agora já inseridos na realidade urbana das cidades europeias, os quais, em razão dessa condição, submeter-se-ão a condições de trabalho extremamente ultrajantes e excessivas para, numa palavra, poderem sobreviver. Nesse contexto, o fundamento das casas de correção, baseado no trabalho forçado exigido de vagabundos e desocupados como forma de transformá-los e deles extrair atividade economicamente produtiva, perde completamente o sentido e faz com que essa atividade, até então imprescindível para o manejo desse enorme contingente populacional (agora já integrante da sociedade urbana), passe a ser absolutamente *inútil*. Em que pese o fundamento da existência das casas de correção perca todo o seu sentido (explorar economicamente encarcerados já não é premente), a justificativa de sua instituição permanece como latente problema sociopolítico: a necessidade de controle dessa camada social. Surge, então, o *rito de passagem* das casas de correção da Alta Idade Média para os cárceres modernos: o controle social ainda é indispensável; a exploração econômica do encarcerado, contudo, não se faz mais necessária.

O cárcere, então, vai se concretizar como a principal forma de punição no mundo ocidental exatamente quando o fundamento econômico que sustentava a

²⁵⁹ RUSCHE; KIRCHHEIMER, *idem*, p. 138.

exploração dos prisioneiros perdeu eficácia com a industrialização, influenciada ainda pela enorme proporção que o crime atingiu com a grave crise industrial, pela cada vez maior exigência de controle das classes sociais privadas do acesso ao capital para o bom funcionamento da sociedade, e pelo surgimento, agora, de uma “população carcerária”²⁶⁰.

A despeito da crítica de Zaffaroni²⁶¹, a obra de Rusche e Kirchheimer tem a inegável virtude de, ao tomar como base primordial de seu pensamento a premissa de que a punição não é tão somente uma resposta jurídica ao delito, mas antes o produto relativo a cada tipo de sistema de produção a que corresponde a punição (viés político-econômico e não jurídico), colocar em questão o discurso jurídico-penal na medida em que faz deslocar o fundamento epistemológico das funções manifestas da prisão e da pena, deslegitimando-as.

Em segundo lugar, Foucault também percebe uma significativa mudança do modo de se punir. Aponta, destarte, que o espetáculo da punição física caracterizado pelo excesso punitivo sobre o corpo do indivíduo desaparece entre o fim do século XVIII e o início do século XIX, iniciando-se, portanto, uma época de sobriedade punitiva²⁶².

Todavia, diferentemente de Rusche e Kirchheimer, Foucault não conduz suas investigações na análise de uma economia política da punição e nas implicações entre mercado de trabalho e as relações de produção; sua preocupação volta-se ao surgimento de *uma nova tecnologia de poder* relacionada ao castigo: a simbologia do terror que se abate sobre o indivíduo que se colocou contra o soberano e contra a sociedade dá lugar a um modelo disciplinador desse indivíduo. O excesso não é mais necessário. Ao contrário, é na discrição e na eficácia que se encontram os pontos fortes desta nova modalidade de controle, baseada agora na *disciplina* do sujeito por meio de uma tecnologia disciplinar. O que agora se impõe é corrigir, disciplinar, curar o indivíduo, por meio de técnicas que não mais visam exclusivamente ao corpo do sujeito, mas também, e principalmente, a sua alma²⁶³. Se o suplício e a morte correspondente,

²⁶⁰ RUSCHE; KIRCHHEIMER, *idem*, p. 138-146.

²⁶¹ ZAFFARONI, 1991, *op. cit.*, p. 56.

²⁶² FOUCAULT, 2009, *op. cit.*, p. 19.

²⁶³ “[I]ntroduzindo solenemente as infrações no campo dos objetos suscetíveis de um conhecimento científico, dar aos mecanismos da punição legal um poder justificável não mais simplesmente sobre as infrações, mas sobre os indivíduos; não mais sobre o que eles fizeram, mas sobre aquilo que eles são,

como visto anteriormente, eram o “ponto alto” da demonstração concreta do poder soberano, com essa nova tecnologia de poder, a morte passará a significar o momento em que o indivíduo escapa a qualquer poder e, conseqüentemente, a qualquer tipo de controle; estando essa nova tecnologia interessada não mais na morte, mas no corpo vivo do indivíduo, este (o indivíduo) passará a ser o ponto de influxo de toda a economia da justiça penal.

Foucault explica como na sociedade capitalista a prisão evolui de um aparelho marginal ao sistema punitivo a uma posição de centralidade como aparelho de controle social, em razão da necessidade de disciplina (métodos para impor uma relação de *docilidade/utilidade*) da força de trabalho, promovida pela singularidade do *panóptico*, modelo arquitetônico idealizado por Jeremy Bentham, cujo principal efeito é ‘induzir no detento um estado consciente e permanente de visibilidade que assegura o funcionamento automático do poder’ (*panopticismo*), um sistema de vigilância geral que se instaura na sociedade, estendendo-se desde as prisões até as fábricas, as escolas, os hospitais, os asilos etc²⁶⁴.

O pensamento de Michel Foucault parte, nesse ponto, daquilo por ele mesmo denominado de uma “intolerância ativa”: um tornar-se intolerante a respeito das prisões, da justiça, do sistema hospitalar, da prática psiquiátrica etc.

Desde “A Ordem do Discurso”, e principalmente durante a primeira metade da década de 1970, Foucault tomará como centro de sua pesquisa a genealogia do poder, vale dizer, a análise das formas de exercício das relações de poder e controle social, pesquisa esta que atingirá seu grande momento com a publicação de “Vigiar e Punir” em 1975, cujo objeto de análise é o mesmo aqui empreendido: a prisão.

“Vigiar e Punir”, como o próprio Foucault aponta, não busca estabelecer uma arqueologia da prisão ou a identificação de características únicas que revelem a ontologia desse instituto. Não é disto que se trata, absolutamente²⁶⁵. “Vigiar e Punir”,

serão ou possam ser. O suplemento de alma que a justiça garantiu para si é aparentemente explicativo e limitativo, e de fato anexionista. Faz 150 ou 200 anos que a Europa implantou seus novos sistemas de penalidades, e desde então os juizes, pouco a pouco, mas por um processo que remota bem longe no tempo, começaram a julgar coisa diferente além dos crimes: a ‘alma’ dos criminosos” (FOUCAULT, 2009, *idem*, p. 23).

²⁶⁴ ARGÜELLO, Katie Silene Cáceres. **Do Estado Social ao Estado Penal: Invertendo o Discurso da Ordem**, in BITTAR, Walter Barbosa (coordenador). **A criminologia no século XII**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 131-132.

²⁶⁵ “O que estava em jogo não era o quadro rude demais ou ascético demais, rudimentar demais ou aperfeiçoado demais da prisão, era sua materialidade na medida em que ele é instrumento e vetor de poder; era toda essa tecnologia do poder sobre o corpo, que a tecnologia da ‘alma’ – a dos educadores,

como ponto alto das pesquisas desenvolvidas por Michel Foucault acerca de como se opera o exercício das relações de poder (e de saber) no seio do corpo social, ao examinar o nascimento da prisão, coloca em questão, em sentido forte e radical, não somente as práticas consagradas no sistema penitenciário, mas também e principalmente as redes de poder-saber associadas ao modelo que em certa medida fundamenta a prisão em nossa sociedade contemporânea. Aqui, seu discurso desvenda e se centra em um momento crucial da história da repressão: a passagem, em fins do século XVIII e início do século XIX, da *punição à vigilância*.

Questionando a “evidência” da prisão como modalidade punitiva principal dos sistemas penais modernos, Foucault demonstra que a colocação da prisão como forma primordial de punição não decorreu de qualquer evolução das teorias jurídicas em face de algum tipo de experiência penal que, em certo momento histórico, revelou-se em alguma medida bem-sucedida; a colocação da prisão neste patamar derivou, em verdade, dessa nova *tecnologia de poder* fulcrada na disciplina surgida no fim do século XVIII em virtude da constatação, entre outros fatores, de que o exercício do poder soberano, além de caracterizado pelo excesso, mostrava-se extremamente custoso e de pouca eficácia. Importante registrar que, aqui, Foucault faz coincidir sua teoria com a tese de Rusche e Kirchheimer.

É nesse momento da história da repressão (e da humanidade, em certa medida) que se percebe ser, “segundo a economia do poder, mais eficaz e mais rentável vigiar que punir”²⁶⁶.

Este momento corresponde à formação, ao mesmo tempo rápida e lenta, no século XVIII e no fim do fim do século XIX, de um novo tipo de exercício do poder. Todos conhecem as grandes transformações, os reajustes institucionais que implicaram a mudança de regime político, a maneira pela qual as delegações de poder no ápice do sistema estatal foram modificadas. Mas quando penso na mecânica do poder, penso em sua forma capilar de existir, no ponto em que o poder encontra o nível dos indivíduos, atinge seus corpos, vem se inserir em seus gestos, suas atitudes, seus discursos, sua aprendizagem, sua vida cotidiana. O século XVIII encontrou um regime por assim dizer

dos psicólogos e dos psiquiatras – não consegue mascarar nem compensar, pela boa razão de que não passa de um de seus instrumentos. É desta prisão, com todos os investimentos políticos do corpo que ela reúne em sua arquitetura fechada que eu gostaria de fazer a história. Por puro anacronismo? Não, se entendemos com isso fazer a história do passado nos termos do presente. Sim, se entendemos com isso fazer a história do presente”. FOUCAULT, 2009, *op. cit.*, p. 19.

²⁶⁶ FOUCAULT, 1979, *op. cit.*, p. 130.

sináptico de poder, de seus exercícios *no* corpo social, e não *sobre* o corpo social. A mudança de poder oficial esteve ligada a este processo, mas através de decalagens. Trata-se de uma mudança de estrutura fundamental que permitiu a realização, com uma certa coerência, desta modificação dos pequenos exercícios do poder²⁶⁷.

De acordo com a economia do poder, a racionalidade punitiva centrada na penalidade carcerária não deriva de um simples cálculo de interesses imediatos acerca do custo econômico de cada forma de punir. Para Foucault, é muito mais sutil e profundo do que isso. Esse tipo de racionalidade punitiva, tendo a prisão como elemento fundamental, está relacionado a toda uma tecnologia de adestramento humano, de vigilância do comportamento e da própria individualização dos elementos do corpo social, tendo a vigilância, portanto, a grande função de exercer o controle social dos indivíduos e mantê-los atrelados a este controle: a prisão tomada então não apenas como fator negativo, mas também como aspecto positivo da penalidade.

Com Rusche e Kirchheimer, afirma Foucault que, antes de tudo, deve-se abandonar a ilusão de que a penalidade é sobretudo (senão exclusivamente) uma forma de se reprimir delitos de acordo com as formas sociais, os sistemas políticos ou as crenças, argumento sempre presente nas teorias dogmáticas e jurídicas. Trata-se, na verdade, de tomar os sistemas punitivos como objeto próprio de análise e estudá-los como fenômenos sociais que não podem ser explicados somente pela armadura jurídica da sociedade e nem ao menos por suas opções éticas fundamentais.²⁶⁸ Nessa medida, a genealogia desenvolvida em “Vigiar e Punir”, como já ressaltado em momento anterior deste trabalho, não se ocupa de aprofundar o estudo da prisão propriamente dita, suas nuances, características e idiosincrasias, mas efetivamente de analisar essa nova *tecnologia de poder* que se deflagra mais precisamente na segunda metade do século XVIII e que tem o cárcere como elemento fulcral. Com efeito, a partir do momento em que a prisão é alçada à condição de forma punitiva principal e, em um primeiro momento, universal, revela-se uma economia de poder que conduz propriamente a esta nova tecnologia do poder, na qual o corpo supliciado alvo do excesso de punição do poder soberano será, enfim, substituído pelo *indivíduo*

²⁶⁷ FOUCAULT, 1979, *idem*, p. 130-131.

²⁶⁸ FOUCAULT, 2009, *op. cit.*, p. 27.

disciplinado por meio dos dispositivos da vigilância hierárquica, da sanção normalizadora e do exame.

Sendo, nas palavras de Michel Foucault, mais rentável vigiar que punir, a *disciplina* como mecanismo de controle assume especial centralidade em seu projeto genealógico²⁶⁹.

O objetivo destes aparelhos de controle do indivíduo e de seu corpo, presentes nas escolas, hospitais psiquiátricos, oficiais, quartéis e nas prisões, pensados e executados de forma calculada e contínua, implicam uma coerção ininterrupta com vistas à formação e “fabricação” do indivíduo, permitindo o controle minucioso e absoluto das operações do corpo a partir da sujeição permanente de suas forças, e que irá impor aos indivíduos diretamente atrelados a essas instituições, e em especial à prisão, uma relação de docilidade e utilidade. O que se pretende com estes aparelhos de controle do indivíduo, é a construção de indivíduos *dóceis* e *úteis*, de forma que se torne possível, quando não mais se encontrem estes em contato direto com tais instituições, que o controle permaneça sendo exercido ininterruptamente, seja por meio do poder soberano, seja pela rede capilar de poderes microfísicos. São, portanto, fórmulas gerais de dominação. É dessa compreensão que Foucault construirá aquilo que denomina disciplinas²⁷⁰.

A dominação a partir das disciplinas, ressalta Foucault, difere da escravidão, da domesticidade, da vassalagem ou dos domínios de tipo monástico. As disciplinas que surgem no século XVIII representam um novo tipo de controle coercitivo não vinculado ao espetáculo, aos excessos, à apropriação do corpo enquanto vetor do processo de produção; estas disciplinas que incidem sobre o indivíduo visam “não unicamente o aumento de suas habilidades, nem tampouco aprofundar sua sujeição, mas a formação de uma relação que no mesmo mecanismo o torna tanto mais obediente quanto é mais útil, e inversamente”.²⁷¹ Toda a argumentação deduzida no item nº 2.1 desta dissertação acerca da construção das relações de poder tinha por objetivo permitir

²⁶⁹ “A contribuição de Foucault, em ‘Vigiar e Punir’, é um marco fundamental para o avanço da criminologia crítica: investiga o sistema de pensamento subjacente à ideia de que a prisão seja considerada, desde o fim do século XVIII, o ‘mais racional e eficaz’ meio para punir as ilegalidades em uma sociedade”. ARGÜELLO, *op. cit.*, p. 131.

²⁷⁰ FOUCAULT, 2009, *op. cit.*, p. 133.

²⁷¹ FOUCAULT, 2009, *idem, ibidem*.

fosse explicitado, neste momento da investigação, como as disciplinas, como exercício de relação de poder, irão descaracterizar, desarticular e decompor o corpo humano. Vale dizer: as disciplinas fabricam indivíduos ao mesmo tempo submissos e treinados, ou, na metáfora foucaultiana, *corpos dóceis e úteis*²⁷².

O poder disciplinar já então representa um novo tipo de economia político-punitiva do poder, não mais centrada na expiação, no excesso, na brutalidade e no espetáculo do terror. Representa, assim, uma forma diversa de mecânica de poder. O momento histórico da pena como simbologia do terror ficou em algum lugar do passado. Contudo, apenas punir não é mais suficiente. É preciso, antes, vigiar. Mas este *vigiar* não deve ser compreendido como uma atividade formal, vazia, neutra, não direcionada. Vigiar implica construir, não somente apropriar ou retirar. Destarte, o poder disciplinar, que define fundamentalmente a prisão (mas não exclusivamente esta), tem como função última e maior *adestrar* indivíduos, transformando-os ao mesmo tempo em objetos desta relação de poder e instrumentos do exercício desta.

O adestramento, como expressão do poder disciplinar, materializa um discurso que Michel Foucault reiteradas vezes expressa, qual seja, o de que definitivamente se deve suprimir um outro tipo de discurso que descreve sempre os efeitos decorrentes do exercício das relações de poder em termos negativos. É fora de dúvida que o poder retrata ações negativas, como censurar ou abstrair. Mas o poder também constrói,

²⁷² “A disciplina aumenta as forças do corpo (em termos econômicos de utilidade) e diminui essas mesmas forças (em termos políticos de obediência). Em uma palavra: ela dissocia o poder do corpo; faz dele por um lado uma ‘aptidão’, uma ‘capacidade’ que ela procura aumentar; e inverte por outro lado a energia, a potência que poderia resultar disso, e faz dela uma relação de sujeição estrita. Se a exploração econômica separa a força e o produto do trabalho, digamos que a coerção disciplinar estabelece no corpo o elo coercitivo entre uma aptidão aumentada e uma dominação acentuada. (...). Não se trata de fazer aqui a história das diversas instituições disciplinares, no que podem ter cada uma de singular. Mas de localizar apenas numa série de exemplos algumas das técnicas essenciais que, de uma a outra, se generalizam mais facilmente. Técnicas sempre minuciosas, muitas vezes íntimas, mas que têm sua importância: porque definem um certo modo de investimento político e detalhado do corpo, uma nova microfísica do poder; e porque não cessaram, desde o século XVII, de ganhar campos cada vez mais vastos, como se tendessem a cobrir o corpo social inteiro. Pequenas astúcias dotadas de grande poder de difusão, arranjos sutis, de aparência inocente, mas profundamente suspeitos, dispositivos que obedecem a economias inconfessáveis, ou que procuram coerções sem grandeza, são eles entretanto que levaram à mutação do regime punitivo, no limiar da época contemporânea. Descrevê-los implicará na demora sobre o detalhe e na atenção às minúcias: sob as mínimas figuras, procurar não um sentido, mas uma precaução; recolocá-las não apenas na solidariedade de um funcionamento, mas na coerência de uma tática. Astúcias, não tanto de grande razão que trabalha até durante o sono e dá um sentido ao insignificante quanto da atenta ‘malevolência’ que de tudo se alimenta. A disciplina é uma anatomia política do detalhe”. FOUCAULT, 2009, *idem*, p. 134.

também produz, também age positivamente: produz relações de domínios de objeto, de formação de saberes e de controle sociopolítico. É exatamente esta *produção positiva* que se percebe no *adestramento* dos indivíduos, permanecendo o corpo humano como alvo, não mais para supliciá-lo, todavia agora para formatá-lo, adestrá-lo.

Em “Vigiar e Punir”, Foucault mantém na centralidade de suas investigações a questão do poder e suas diversas formas de exercício, mas, ao tomar como campo de análise a história da penalidade, coloca em ênfase a problemática desta específica relação de poder sobre os indivíduos enclausurados a incidir sobre seus corpos sob a forma de uma tecnologia própria de controle por meio de instrumentos derivados do poder disciplinar²⁷³, tais como a vigilância hierárquica, a sanção normalizadora e o exame, que irão produzir seres dóceis e úteis *dentro do cárcere* (e para fora dele).

A problematização em termos gerais do poder disciplinar restou suficientemente apresentada em momento anterior²⁷⁴. Agora, torna-se necessário um olhar mais acurado sobre a vigilância e o panoptismo, e sua implicação direta com a prisão.

Segundo Foucault, a sociedade moderna se dispõe sobre vigilância e normalização instrumentalizadas, e o *Panóptico* de Jeremy Bentham é a representação arquitetônica desse novo arquétipo social, a induzir o encarcerado à percepção de que se encontra completamente inserido em um estado permanente de visibilidade. Esse controle feito a partir do cárcere não se satisfaz com a cessão da liberdade do indivíduo. O essencial, para o poder, é que o encarcerado saiba que sempre pode ser vigiado ininterruptamente, e tenha ciência de estar inserido em “uma aparelhagem cujos

²⁷³ “Foi esse tipo específico de poder que Foucault chamou de disciplina ou poder disciplinar. E é importante notar que ela nem é um aparelho, nem uma instituição, na medida em que funciona como uma rede que as atravessa sem se limitar a suas fronteiras. Mas a diferença não é apenas de extensão, mas de natureza. Ela é uma técnica, um dispositivo, um mecanismo, um instrumento de poder, são ‘métodos que permitem o controle minucioso das operações do corpo, que asseguram a sujeição constante de suas forças e lhes impõem uma relação de docilidade-utilidade’. É o diagrama de um poder que não atua do exterior, mas trabalha o corpo dos homens, manipula seus elementos, produz seu comportamento, enfim, fabrica o tipo de homem necessário ao funcionamento e manutenção da sociedade industrial, capitalista. Ligada à explosão demográfica do século XVIII e ao crescimento do aparelho de produção, a dominação política do corpo que ela realiza corresponde à necessidade de sua utilização racional, intensa, máxima, em termos econômicos. Mas, por outro lado – e isso é um aspecto bastante importante da análise – o corpo só se torna força de trabalho quando trabalhado pelo sistema político de dominação, característico do poder disciplinar”. MACHADO, in FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979. Apresentação à obra, p. XVII.

²⁷⁴ Item nº 2.2 deste trabalho.

mecanismos internos produzem a relação na qual se encontram presos os indivíduos”²⁷⁵.

Chama a atenção de Foucault o fato de, em quase dois séculos de existência, o Panóptico ter recebido tantas variações projetadas ou realizadas, a sugerir que sua referência jamais perdeu terreno entre os “pensadores” do cárcere e do sistema penal. Sobremaneira, porque é um retrato bem apurado de um mecanismo de poder que se afigura ideal para a sociedade disciplinar, que controla, constrói e produz sujeitos (e saberes) sem obstáculos, resistências ou desgastes²⁷⁶. O panóptico, para Foucault, “é o princípio geral de uma nova ‘anatomia política’ cujo objeto e fim não são a relação de soberania, mas as relações de disciplina”²⁷⁷.

A prisão é instituição que, mais que qualquer outra, exerce o controle, a vigilância geral, a correção, a desqualificação do indivíduo como Outro.

Na passagem entre o fim do século XVIII e o princípio do século XIX, a prisão, conjugando cárcere e detenção, torna-se o principal mecanismo de punição legalizada, constatação esta que, uma vez mais, aproxima as teses de Foucault e de Rusche e Kirchheimer. O novo direito penal, alimentado pelos ideais iluministas, compreende um poder de punir não mais atrelado ao soberano, mas à função geral da sociedade e de sua conseqüente proteção, e que pretensamente passa a ser exercido da mesma maneira sobre todos os membros desta mesma sociedade. Nesse momento, surge um novo tipo particular de relação de poder que, baseado na disciplina e vigilância, introduz novos processos de dominação, que, ainda que de maneira diversa, são perceptíveis até os dias atuais²⁷⁸.

Nessa linha, o aparecimento de uma sociedade disciplinarizante e a consolidação da prisão como resposta por excelência do poder punitivo, em fins do

²⁷⁵ FOUCAULT, 2009, *op. cit.*, p. 191.

²⁷⁶ FOUCAULT, 2009, *idem*, p. 194. Ainda, à p. 195: “[O Panóptico] é polivalente em suas aplicações: serve para emendar os prisioneiros, mas também para cuidar dos doentes, instruir os escolares, guardar os loucos, fiscalizar os operários, fazer trabalhar os mendigos e ociosos. É um tipo de implantação dos corpos no espaço, de distribuição dos indivíduos em relação mútua, de organização hierárquica, de disposição dos centros e dos canais de poder, de definição de seus instrumentos e de modos de intervenção, que se podem utilizar nos hospitais, nas oficinas, nas escolas, nas prisões. Cada vez que se tratar de uma multiplicidade de indivíduos a que se deve impor uma tarefa ou um comportamento, o esquema panóptico poderá ser utilizado”.

²⁷⁷ FOUCAULT, 2009, *idem*, p. 197.

²⁷⁸ FOUCAULT, 2009, *idem*, p. 218.

século XVIII e início do século XIX, são fenômenos que decorrem do processo histórico das mudanças econômicas e sociais que se passaram na Europa Ocidental e que, posteriormente, iriam influenciar decisivamente todo o mundo ocidental, sendo certo que, neste momento histórico, a burguesia assume o lugar da nobreza aristocrática como classe politicamente dominante. Nesta medida, a ampliação e a concretização dos mecanismos microfísicos de disciplina, desiguais e assimétricos, a submeter e transformar os indivíduos, acabam por conduzir ao reverso sombrio que ampara uma materialmente injusta forma jurídica geral e abstrata de direitos, em princípio, igualitários²⁷⁹.

Este é um momento importante. A sociedade moderna se estrutura em relações de poder que, no centro e na capilaridade do seu exercício, visam por meio da disciplina “normalizar” indivíduos. E a prisão, nessa perspectiva, detém posição de destaque no discurso estatal, jurídico e da própria filosofia política.

Nesse cenário, ao vigiar e, por meio da disciplina, adestrar os indivíduos, a prisão se converte e se apresenta como mecanismo fundamental de controle, um controle que, com o passar dos anos, não mais atinge apenas os indivíduos, mas classes sociais inteiras. Em especial nesse momento histórico, as teorias jurídicas da pena começam a ser amplamente questionadas pelos criminólogos, sobretudo em face da existência da instituição prisão, os quais, tomando por base os resultados epistemológicos das pesquisas levadas a efeito por Georg Rusche e Otto Kirchheimer, e por Michel Foucault, demonstrarão que as teorias jurídicas da pena criminal não são aptas a explicar e legitimar a permanência da utilização do cárcere, e que a “legitimação” deste encontra-se em outro campo do conhecimento humano: o político. As teorias jurídicas da pena criminal, ou o discurso jurídico-penal oficial, começam seriamente a ser colocados em questão a partir justamente dos estudos envolvendo a instituição prisão, uma vez que os discursos criminológicos da segunda metade do século XX revelam uma quase completa incompatibilidade entre aquilo que o discurso oficial afirma que a pena criminal e a prisão, conseqüentemente, devem alcançar, e as constatações empíricas dos impactos e verdadeiros resultados da utilização desta “instituição de sequestro”.

²⁷⁹ ARGÜELLO, *op. cit.*, p. 133.

Ora, a prisão em nenhum momento da história constituiu verdadeiro programa de reabilitação de indivíduos. Nunca. Ao contrário, seria possível dizer. Conduz a um processo que Zaffaroni, com Donald Clemmer²⁸⁰, sinalizou de *prisonização* dos indivíduos que por ela em algum momento passaram, influenciando-os a aprender e assimilar comportamentos típicos do ambiente carcerário.

E não somente isto: o uso permanente do cárcere nos últimos duzentos anos tampouco foi capaz de reduzir índices de delinquência ou violência, nem ao menos manter seus patamares, ou mesmo foi capaz de construir sociedades que de algum modo (por coação psicológica, temor, intimidação, ressocialização, convencimento etc.) optassem por uma harmonização dos interesses e por formas consensuais de solução de conflitos de interesses.

Logo a seguir à sua realocação história de posição no sistema punitivo, a prisão, em sua realidade visível, foi apontada como o grande fracasso da justiça penal pensada a partir do Iluminismo: isso porque não diminui a taxa de criminalidade, contribuindo decisivamente para a estabilidade desta ou mesmo para seu aumento; conduz à reincidência; é meio instrumental para a “fabricação” de delinquentes; favorece a organização de um “meio de delinquentes”; converte infratores ocasionais em delinquentes habituais²⁸¹. Todas características que, além de outras, aplicam-se indistinta e irrefutavelmente à realidade carcerária brasileira (e latino-americana), que esta investigação pretende abordar com um olhar mais atento.

Minha hipótese é que a prisão foi, desde sua origem, ligada a um projeto de transformação de indivíduos. Tem-se o hábito de acreditar que a prisão era uma espécie de esgoto de criminosos, esgotos cujos inconvenientes seriam verificados com o uso, de tal modo que se diria ser necessário reformar as prisões, fazer delas um instrumento de transformação dos indivíduos. Isso não é verdade: os textos, os programas, as declarações de intenção aí estão. Desde o começo, a prisão devia ser um instrumento tão aperfeiçoado quanto a escola ou a caserna ou o hospital, e agir com precisão sobre os indivíduos. O fracasso

²⁸⁰ “Donald Clemmer cunhou em 1940 o termo ‘prisonização’ para denotar os verdadeiros efeitos do confinamento, marcadamente diferentes do impacto ‘reeducador’ e ‘reabilitador’ atribuído à prisão por seus teóricos e promotores. Clemmer encontrou internos sendo assimilados a uma ‘cultura de prisão’ altamente idiossincrática, que, quando nada, fazia deles ainda menos adaptados do que antes para a vida fora dos muros da prisão e menos capazes de seguir as regras e costumes da vida ‘comum’. Como todas as culturas, a cultura da prisão tinha uma capacidade autoperpetuadora. A prisão era, na opinião de Clemmer, uma escola do crime”. BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 134.

²⁸¹ FOUCAULT, 2009, *op. cit.*, p. 250-253.

foi imediato, e registrado quase ao mesmo tempo que o próprio projeto. Desde 1820, constata-se que a prisão, longe de transformar os criminosos em pessoas honestas, só serve para fabricar novos criminosos, ou para enterrar ainda mais os criminosos na criminalidade. Foi então que houve, como sempre acontece no mecanismo do poder, uma utilização estratégica do que era um inconveniente. A prisão fabrica delinquentes, mas os delinquentes são, finalmente, úteis, tanto no domínio econômico como no domínio político. Os delinquentes, isso serve²⁸².

As premissas estabelecidas por Rusch e Kirchheimer e por Michel Foucault são absolutamente imprescindíveis para um estudo sério sobre a prisão e sua instrumentalização como mecanismo de poder e controle social, ainda que o objeto da investigação, como neste caso, volte-se para a análise da questão a partir da realidade local brasileira (sobretudo) e latino-americana.

Baratta, então, chama a atenção para duas teses centrais que defluem das premissas estabelecidas por Rusch e Kirchheimer e por Michel Foucault, quais sejam: a necessidade de se considerar com seriedade a função efetivamente cumprida no âmbito da sociedade pela instituição prisão, de modo que se possa perceber a realidade carcerária e compreender seu desenvolvimento histórico, e, ainda, tomar em conta os tipos determinados de sociedade em que o cárcere surgiu e se amplificou como instituição penal²⁸³.

Estabelecidos e bem definidos os marcos que permitem compreender o lugar da instituição prisão neste contexto, faz-se necessário neste ponto, a partir sobremaneira da realidade do sistema prisional brasileiro, realizar um contraste e um confronto entre o discurso oficial da pena criminal e as teorias legitimantes desta fulcradas em fórmulas jurídicas, e os discursos críticos da pena, tendo como objeto central da análise, por evidente, a prisão, a sua utilização como mecanismo de controle e os reflexos decorrentes desta verdadeira *opção política*, em compasso de deslegitimação das teorias jurídicas acerca da pena criminal.

Contudo, tal contraste e a reflexão dele derivada não podem perder de vista o alerta de Eugenio Raúl Zaffaroni:

A perversão do discurso jurídico-penal caracteriza-o como um ente que se enrosca em si mesmo de forma envolvente, a ponto de mobilizar frequentemente seus críticos mais inteligentes, especialmente quando estes

²⁸² FOUCAULT, 2012a, p. 159-160.

²⁸³ BARATTA, 2010, p. 191.

possuem alguma relação com a prática dos órgãos judiciais e com a necessidade de defesa concreta e cotidiana dos direitos humanos na operacionalidade desses órgãos. Desta maneira, a perversão é a característica que cristaliza a dinâmica discursiva do discurso jurídico-penal, apesar de sua evidente falsidade²⁸⁴.

É o momento, então, de enfrentar o contraste entre as teorias do discurso oficial da pena e as teorias críticas desenvolvidas pela Criminologia, pela Sociologia e pela Penologia, refletindo-as *sempre* a partir da prisão, para finalmente poder definir qual a função real da instituição carcerária nas sociedades ocidentais contemporâneas, em especial nas da América Latina. Registre-se, por oportuno, que esse exercício teórico de contraste focará principalmente as teorias da prevenção da pena criminal, dado a sua maior relevância, hoje, no cenário dogmático penal, tendo tal análise sido feita, quanto às teorias retribucionistas, no primeiro capítulo desta pesquisa acadêmica.

3.1 CRÍTICA E DESLEGITIMAÇÃO DA FUNÇÃO PREVENTIVA GERAL NEGATIVA SOB A PERSPECTIVA DA PRISÃO

No tópico nº 1.1.2.2 desta dissertação, foram traçadas as características mais importantes da chamada *função preventiva geral negativa* da pena criminal, dando-se ênfase, principalmente, ao papel fundamental da pena criminal de servir como intimidação ou coação psicológica sobre todo o grupo social.

Neste momento de contraste entre os discursos oficial e crítico, em que se procura desenvolver análise séria sobre a própria legitimidade desta função da pena em sua concretização por meio do cárcere, ao menos sob a perspectiva da realidade brasileira que este trabalho se propõe a examinar, o que interessa de maneira mais detalhada é analisar as críticas a ela (função preventiva geral negativa) encetadas.

Sob o prisma jurídico, que, por sua vez, não deixa também de ser empírico, a principal objeção diz com a absoluta falta de dados concretos da *práxis* para efetivamente comprovar que a pena criminal por meio da instituição prisão serve como

²⁸⁴ ZAFFARONI, 1991, *op. cit.*, p. 29.

real ameaça penal para inibir a prática de delitos ou no mínimo os patamares dos índices de violência derivada da criminalidade, conforme indicam, como bem aponta Juarez Cirino dos Santos, “a nocividade das penas privativas de liberdade do Direito Penal moderno”²⁸⁵.

Todavia, a objeção mais profunda, e a que, neste estudo, merece maior relevo, é a derivada do discurso crítico da Criminologia crítica, sobretudo com Juarez Cirino dos Santos e Peter-Alexis Albrecht.

Tratando a *real* execução dessa função sob o ponto de vista da simbologia do discurso (oficial), Albrecht aponta que o alcance do objetivo de inibir impulsos ditos antissociais pela ameaça da pena criminal e, conseqüentemente, do encarceramento e da prisão, somente teria relevância para um Direito Penal *simbólico* instrumento de legitimação do poder punitivo, não comprometido com a construção de uma sociedade mais justa e solidária, e que, por falta de lastro empírico, jamais teria relevância para um Direito Penal *instrumental*, representado pela chamada criminalidade crua ou comum, objeto primordial do modelo repressor (e seletivo) de um Estado fundado em bases liberais²⁸⁶.

Com efeito, Albrecht assinala que a teoria da prevenção geral, de modo abrangente, visa, pela existência e utilização das normas de Direito Penal, a “fidelidade normativa da comunidade” e a intimidação dos demais integrantes desta comunidade de realizar semelhantes condutas puníveis.

Mas Albrecht destaca que a Criminologia, como ciência social empírica, efetivamente coloca em prova a pretensão de legitimidade da prevenção criminal sustentada pela dogmática jurídica do Direito Penal, rejeitando, por fim, que tal pretensão se sustente perante a realidade empírica. Nessa medida, assinala Albrecht que a Criminologia, influenciada por seu caráter de empiria, tem grandes dificuldades para determinar e explicitar efeitos positivos coerentes das teorias da intimidação,

²⁸⁵ CIRINO DOS SANTOS, 2010, *op. cit.*, p. 427.

²⁸⁶ Peter-Alexis Albrecht faz um importante alerta acerca da intervenção penal simbólica: “O Direito penal simbólico não precisa de normas gerais fundamentadas e obrigatórias. Contenta-se com a aplicação exemplar do Direito, e precisamente então, quando esta deve produzir efeitos estabilizadores do sistema. Isso se torna claro em processos dotados de carga política (economia, meio ambiente, terrorismo). Do Direito penal simbólico resulta uma informalização do Direito, porque ele é retirada a obrigatoriedade geral, portanto, o conceito de Direito é esvaziado e, na aplicação arbitrária do Direito, reside a lesão da igualdade dos destinatários do Direito”. ALBRECHT, *op. cit.*, p. 74.

marcadas justamente pelo conceito da função preventiva geral negativa da pena. Baseado, então, nos resultados decorrentes de pesquisas do tema²⁸⁷, conclui que a tese de que a existência de ameaças penais duras (quer encarceramento, quer condições mais rigorosas de cumprimento da pena criminal) alguma vez impediu delitos ou danos ilícitos contra terceiros permanece, até hoje, “um enigma”²⁸⁸.

Ademais, a ameaça de prisão, conseqüentemente, somente poderia ser considerada em delitos que de alguma maneira necessitam ou permitem reflexão sobre a conduta e seu resultado (tais como crimes econômicos, de corrupção, de fraude e lesão ao patrimônio público, contra o meio ambiente etc.). Contudo, no que tange aos chamados crimes impulsivos, realizados *de impulso* sem a elaboração prévia de qualquer plano para sua consecução, decorrentes justamente de comportamentos não refletivos por parte do agente, a ameaça de sanção penal e de remessa ao cárcere seria completamente nula, ou, quando muito, irrelevante²⁸⁹.

Tomando as referências indicadas por Peter-Alexis Albrecht, Juarez Cirino dos Santos vai apontar, de maneira magistral e praticamente irrefutável, que a função preventiva geral negativa busca legitimar a pena e o próprio Direito Penal mediante a criação e manipulação de símbolos junto ao imaginário popular, com o objetivo óbvio de “salvar” este mecanismo de controle social e colocá-lo a salvo de críticas deslegitimantes. Nessa medida, como a preocupação política do Estado não é enfrentar de maneira séria os problemas da realidade social brasileira (mas não apenas aqui), mas apenas buscar a satisfação retórica da opinião pública sempre ávida por *mais segurança*, pensar a pena criminal e a prisão como *desestímulos* à delinquência busca justamente conferir a esses instrumentos (e ao próprio Direito Penal) *legitimidade para utilização*, sem se dar conta o discurso oficial de que a ininterrupta retomada de tais instrumentos, sob o argumento da ameaça aos demais membros do corpo social, em verdade reforça a característica do Direito Penal de verdadeiro programa de reforço e manutenção do quadro de desigualdade social experimentado no Brasil. Vale dizer: mais Direito Penal corresponde à maior utilização do modelo repressor do Estado, que

²⁸⁷ Mais especificamente tratados a partir da p. 86 de sua obra “Criminologia: uma fundamentação para o direito penal”.

²⁸⁸ ALBRECHT, *op. cit.*, p. 72-73.

²⁸⁹ CIRINO DOS SANTOS, 2010, *op. cit.*, p. 447.

por sua vez corresponde (no mínimo) à manutenção e, quiçá, ao aumento da desigualdade social no Brasil, e que, por sua vez, conduzirá, evidentemente, apenas a mais violência.

Não à toa, Juarez Cirino dos Santos conclui que o discurso oficial da prevenção geral (aqui indistinto, seja pela face negativa, seja pela face positiva) serve tão somente como *afirmação da ideologia dominante*²⁹⁰.

Há, ainda, outro ponto importante do discurso crítico em relação à função preventiva geral negativa: a questão afeta à função motivadora da norma penal sobre o comportamento dos demais indivíduos do corpo social. Com efeito, como instrumento de controle social, é absolutamente necessário identificar que o sistema penal desempenha papel de mera confirmação de outros instrumentais de controle, tais como a família, a escola e as relações de trabalho, todas elas reunindo, em síntese, funções de estabelecer regramentos de convivência social e intronização de normas de comportamento²⁹¹.

Indica por exemplo Muñoz Conde que a crítica à função preventiva geral negativa da pena criminal revela-se praticamente insuperável em razão de que as normas penais repressivas e de controle por si só revelam-se insuficientes e, em paradoxo, demasiado incipientes para sustentar todo um rol sistemático de valores em que se pretende assentar as bases de uma sociedade complexa como a contemporânea pós-industrial. Tal constatação permite aceitar a conclusão de que “de nada serviriam nem a cominação penal contida nas mesmas [normas penais], nem a imposição de penas, nem sua execução, se não existissem previamente outros sistemas de motivação de comportamento humano em sociedade”²⁹². A despeito de não ser o objeto específico deste trabalho, não se pode deixar de, neste momento de *contraste* entre o discurso oficial e os discursos crítico-criminológicos, abordar a função preventiva geral negativa sob a perspectiva da *teoria das subculturas criminais*, desenvolvida por Alessandro Baratta²⁹³, a partir, sobretudo, do discurso crítico da teoria sociológica do etiquetamento.

²⁹⁰ CIRINO DOS SANTOS, 2010, *idem, ibidem*.

²⁹¹ BOZZA, *op. cit.*, p. 65.

²⁹² MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 24.

²⁹³ BARATTA, 2010.

Sem obviamente a pretensão de tratar o tema que não apenas sumariamente, visto que não se trata do objeto central desta pesquisa, afigura-se imprescindível destacar a lição de Baratta no sentido de que a teoria das subculturas criminais acaba por negar que o delito possa ser considerado como autêntica expressão de um comportamento violador das normas sociais gerais, justamente pelo fato de tal teoria sustentar que, dentro de uma sociedade complexa como a contemporânea, existem valores e normas específicos para cada um dos diversos grupos sociais, e que tal constatação, em seu extremo, retira carga argumentativa da afirmação de que a imposição da norma penal incriminadora e de execução da pena (especialmente a pena de prisão) seria suficiente para garantir que todos os demais indivíduos deixassem de cometer infrações penais em razão de uma suposta (e metafísica) coerção psicológica²⁹⁴.

Ainda, com Baratta, é possível concluir pela deslegitimação da função intimidatória da pena criminal construída a partir de uma perspectiva universal e universalizante de motivação de comportamentos da norma penal. Em face da influência dos mecanismos de socialização no processo decisório humano (a partir da teoria das subculturas, mas também daquilo que Baratta denomina “teoria funcionalista”), o peso específico da individualidade nesse processo ou da determinação de vontade do indivíduo acaba por ser extremamente relativo (e minimizado), não podendo ser considerado fator-chave na determinação da escolha o poder motivacional da norma penal, a comprometer, no extremo, o próprio princípio de culpabilidade ou responsabilidade ética individual como base do sistema penal²⁹⁵.

²⁹⁴ “Não existe, pois, *um* sistema de valores, ou *o* sistema de valores, em face dos quais o indivíduo é *livre* de determinar-se, sendo *culpável* a atitude daqueles que, *podendo*, não se deixam ‘determinar pelo valor’, como quer uma concepção antropológica da culpabilidade, cara principalmente para a doutrina penal alemã (concepção normativa, concepção finalista). Ao contrário, não só a estratificação e o pluralismo dos grupos sociais, mas também as reações típicas de grupos socialmente impedidos do pleno acesso aos meios legítimos para a consecução dos fins institucionais, dão lugar a um pluralismo de subgrupos culturais, alguns dos quais rigidamente fechados em face do sistema institucional de valores e de normas, e caracterizados por valores, normas e modelos de comportamento alternativos àquele!”. BARATTA, 2010, *op. cit.*, p. 74.

²⁹⁵ BARATTA, 2010, *idem*, p. 76.

3.2 CRÍTICA E DESLEGITIMAÇÃO DA FUNÇÃO PREVENTIVA GERAL POSITIVA SOB A PERSPECTIVA DA PRISÃO

Também as teorias da prevenção geral positiva, seja pela perspectiva fundamentadora, seja pela perspectiva limitadora, receberam duros vetos por parte de autores ligados à dogmática jurídico-penal e, principalmente, por autores relacionados ao discurso crítico da pena criminal, a retirar sobremaneira a possibilidade de oferecerem uma resposta realmente satisfatória para o enfrentamento da questão penal e para a continuidade do uso da instituição prisão para tal finalidade.

A abordagem inicial para o exame dessas críticas pode remontar, quer parecer, já a Michel Foucault.

Em “A verdade e as formas jurídicas”, Foucault aponta que na Alta Idade Média não existia poder judiciário para solução de conflitos entre indivíduos (a liquidação até esse momento histórico era feita entre os próprios indivíduos), e, portanto, com o fortalecimento cada vez maior do Estado, na medida em que a contestação judiciária garantia, também, a circulação de bens, o direito de ordenar e controlar a função judiciária, por ser também um meio de acumular riquezas, acabou sendo confiscado pelos mais ricos e poderosos. Com a acumulação da riqueza e do poder das armas e a constituição de uma função judiciária nas mãos de alguns, vê-se surgir nesta fase histórica (por volta do século XII) circunstâncias até então totalmente novas em relação à sociedade feudal e às velhas regras do Direito Romano. Dentre elas, chama a atenção o surgimento da figura político-jurídica do *procurador*, que passará a atuar como o representante do soberano, do rei ou do senhor. Nesse diapasão, sendo cometido um crime ou delito entre indivíduos, o procurador irá agora se apresentar como representante de um poder lesado pelo único fato de ter sido perpetrado um delito; vale dizer, a sanção pela prática de um crime está agora justificada pelo fato não de ter sido violado o direito de um indivíduo, mas sim pelo fato de ter sido lesionado o poder do soberano. Afirma Foucault que o poder político do soberano, dessa forma, vem dublar e, pouco a pouco, substituir a vítima nesse processo de reparação pelo

delito cometido, fazendo com que tal poder político se aposse da própria função judiciária.

Com efeito, a partir do momento em que o soberano ou seu representante expressam que também aquele (detentor do poder político) restou lesado, o crime ou delito passa a ser compreendido como uma ofensa do indivíduo ao Estado ou ao soberano como personificação deste Estado, ou melhor, uma ofensa ou lesão à própria ordem, ao Estado, à lei, à sociedade, ao soberano. Tal circunstância, a partir da narrativa de Foucault, permite concluir que, diante desse processo de assunção de monopólio do soberano ou do Estado à própria compreensão da ofensa por parte do indivíduo pelo cometimento de um crime, afigura-se quase inviável qualquer possibilidade de compreender-se a pena como instrumento de reforço da consciência jurídica da população e de elevação da fidelidade ao direito, visto que a população, em regra, estará doravante alijada da participação desse processo, seja por intermédio da pessoa da vítima, seja por meio de algum representante de fato desta²⁹⁶.

De seu turno, no campo jurídico-penal, as teorias da prevenção geral positiva acabam por revelar um reducionismo da compreensão da pena a um dos efeitos que ela, em tese, produz ou deveria produzir. Colaborar com o reforço da confiança e da fidelidade ao direito da população, por meio da pena criminal, é em si, de acordo com as aludidas teorias, um dos efeitos da aplicação da pena, e não poderia, dessa forma, ser argumento a também justificá-las, sob pena, justamente, de implementar-se um círculo reducionista não lógico, comprometendo o próprio argumento²⁹⁷.

Ainda no campo jurídico-penal, Silva Sánchez questiona a possibilidade de se legitimar a intervenção penal em uma teoria que, objetivando a integração e a estabilização social por meio da estabilização das normas jurídicas, acaba por passar pela estigmatização do delinquente como um meio necessário de integração social daqueles *não desviados*, que passa pela satisfação das tendências irracionais da coletividade, e que atribui ao direito penal a função de fomentar atitudes internas de fidelidade ao invés de se limitar a requerer um respeito externo às normas jurídicas, sem a pretensão de internalização dos valores que elas incorporam desde o seu formal

²⁹⁶ FOUCAULT, 2013, *op. cit.*, p. 68-69.

²⁹⁷ BUSATO, *op. cit.*, p. 788.

ingresso no ordenamento jurídico. Ademais, o professor de Barcelona, tendo como foco agora o produto da aplicação das teorias preventivas gerais positivas, reputa ser incorreto substituir o conceito de um juízo de proporcionalidade como expressão de uma determinada razão histórica como produto da racionalidade, por um “sentimento de justo” que, em certo momento histórico, possa existir no âmbito de um conjunto social. Portanto, a partir de reflexões da psicanálise, afirma que esse “sentimento de justo” (base da compreensão social para a elevação da confiança no direito) não é outra coisa que não um eufemismo a encobrir uma utilização irracional da pena para atendimento de fins sociais, redundando, segundo suas palavras, “em uma instrumentalização clara do delinquente, (que) não pode corrigir-se apelando a garantias individuais, posto que estas foram incorporadas no mesmo conceito preventivo-integrador”, sendo inaceitável, sob sua óptica, que dados de ordem psicológica-social se façam passar como elementos de esfera valorativa para a avaliação da elevação, ou não, da integração e da confiança do corpo social no direito²⁹⁸.

As objeções formuladas pela Criminologia crítica, todavia, afiguram-se ainda mais contundentes, especialmente com Alessandro Baratta, que direciona suas críticas, sobretudo, à perspectiva fundamentadora-integracionista da prevenção geral positiva, sustentada, na contemporaneidade, por Günther Jakobs.

Em seu texto “Integración-Prevención: una ‘nueva’ fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica”, observa Baratta que a aplicação da teoria sistêmica luhmanniana ao universo do direito acaba por conferir um caráter funcionalista ao direito, fazendo com que seja atribuído maior valor à estabilidade do sistema e sua equalização, do que ao princípio crítico da valoração ética e política (seja esta

²⁹⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo**. 2ª ed. Buenos Aires-Montevideo: Editorial B de F Ltda., 2010, p. 377-378. Destaca ainda Silva Sánchez: “Em efecto, la doctrina de la prevención general positiva trata de presentar como coincidentes los intereses de la prevención y los intereses de los principios garantísticos: la mejor forma de prevenir, se dice, es atender a los criterios de la imputación justa. Sin embargo, esto no es así. En realidad, a nadie puede escapar la existencia de radicales contraposiciones entre los principios de las garantías individuales y los intereses sociales a los que sirve cualquier doctrina de la prevención (también la prevención general positiva). Lo que ocurre es que estos principios, contruidos em sí como garantías individuales, se transforman – em el seno de la doctrina de la prevención general positiva – em funciones sociales, con lo que resulta lógico negar la contraposición. La tergiversación del sentido de las garantías prepara el camino para su absorción por la idea preventivo-integradora y la anulación de su potencial crítico. Con ello, aparentemente no há sucedido nada; en la realidad, sin embargo, tales principios desaparecen y sólo se emplean para legitimar una determinada opción preventiva de exclusivo fundamento psicológico-social” (p. 379).

individual, seja coletiva). Com isso, a violação da norma somente pode ser entendida como algo socialmente desfuncional, não porque restam certos bens jurídicos violados, mas sim porque o que se coloca em discussão com a violação é a compreensão da norma mesma como *orientação de comportamento*, e via de consequência, a violação à norma, antes de afetar bens jurídicos, acaba por atingir a confiança institucional dos demais integrantes do corpo social na norma (e no direito, por conseguinte)²⁹⁹.

Nesse passo, a partir de uma perspectiva sistêmica do direito penal, resta forçoso compreender que a reação punitiva terá como função principal, neste contexto, a de restabelecer a confiança e reparar os efeitos negativos que a violação da norma produz para a estabilidade do sistema e integração do corpo social. O delito, dessa forma, é uma ameaça à integridade e à estabilidade sociais, e a pena, nesta hipótese, torna-se uma expressão simbólica oposta à expressão representada pelo cometimento do delito. Logo, como instrumento do direito penal em função preventiva geral positiva, a pena objetiva restabelecer a confiança e consolidar a fidelidade no ordenamento jurídico. Esta “nova” função da pena proposta por Jakobs a partir de categorias sistêmicas luhmannianas, salienta Baratta, repropõe agora a teoria funcionalista de Durkheim com aplicação em sede de direito penal.

Todavia, aponta Baratta, ao abandonar balizas de segurança do indivíduo diante do aparelho de repressão penal, tais como a ressocialização e a proteção de bens jurídicos, e por se traduzir como um modelo tecnocrático em vez de um modelo crítico das relações entre a ciência social e a técnica jurídica, a teoria da prevenção geral positiva integradora-fundamentadora acaba por legitimar o atual movimento de expansão do sistema penal e o consequente aumento, tanto em extensão como em intensidade, da resposta penal. Isso também se dá, de certa maneira, em razão de que a pena criminal, segundo a teoria sustentada por Jakobs, ao se apresentar como instrumento de estabilização da própria norma violada e do grupo social, volta-se em verdade não para toda e qualquer violação da norma jurídica, mas apenas àquelas que alcancem um determinado nível de “alarme social”, que pode facilmente ser moldado ou construído ao sabor dos interesses das relações de poder. Destarte, a teoria de Jakobs,

²⁹⁹ BARATTA, Alessandro. **Integración-Prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica**. Publicado em Revista Doctrina Penal, año 8, nº 29. Buenos Aires, 1985, pp. 9-26. Disponível em <http://www.juareztavares.com/textos>. Acessado em 12.10.2013, p. 3.

nesta linha, obviamente conduz a legitimação da seletividade do sistema penal e dos respectivos mecanismos de imunização da resposta penal; processos estes que dependem estritamente do grau de visibilidade social de uma determinada comunidade e dos parâmetros utilizados³⁰⁰.

Em sentido forte, complementando as crítica sob o ponto de vista político-criminal, assevera Baratta:

Si tomamos en consideración la importancia que los estudios y la atención política han concedido al problema de la cifra oscura de la criminalidade en el ámbito de la criminología crítica, por cuanto con aquélla resulta demostrado el vínculo funcional existente entre la selectividad del sistema penal en el reclutamiento de su clientela y la reproducción de las relaciones de desigualdad, y si recordamos la teoría de Foucault, sobre la función ejercida por el reclutamiento y manipulación de una pequeña 'población criminal' como parte de un número muchas veces mayor de violadores de normas, para ocultar y inmunizar la mayor parte de los ilegalismos en una sociedad, resulta fácil entender cuán atrasada es la posición político-criminal de Jakobs en comparación con las tendencias críticas y progresivas hoy existentes en la sociología jurídico-penal. La posición de Jakobs no permite identificar como problema político la desigualdad en la distribución del 'bien negativo' criminalidad, en perjuicio de los grupos de la población más débiles socialmente, y la exigencia de una compensación a esa desigualdad. Tampoco permite, ni siquiera, abordar el hecho de que la invisibilidad y la conseguinte inmunidad de las infracciones a las normas, resultan funcionales a la estabilización de posiciones de privilegio social y pueden ser fácilmente manipuladas en beneficio de ellas, mediante una sabia estrategia de sensibilización de la opinión pública y de inducción de alarma social³⁰¹.

Portanto, como o objetivo sob essa perspectiva é assegurar a funcionalidade sistêmica do corpo social, apenas os interesses que se adequem a este objetivo são tomados pelo Estado, já pouco interessado em apresentar propostas concretas de

³⁰⁰ BARATTA, 1985, *idem*, p. 9-11.

³⁰¹ BARATTA, 1985, *idem*, p. 14. Tradução livre: "Se tomamos em consideração a importância que os estudos e a atenção política concederam ao problema da cifra oculta da criminalidade no âmbito da criminologia crítica, porquanto com aquela resulta demonstrado o vínculo funcional existente entre a seletividade do sistema penal no recrutamento de sua clientela e a reprodução das relações de desigualdade, e se recordamos a teoria de Foucault, sobre a função exercida pelo recrutamento e manipulação de uma pequena 'população criminal' como parte de um número muitas vezes maior de violadores de normas, para ocultar e imunizar a maior parte dos ilegalismos em uma sociedade, resulta fácil entender quão atrasada é a posição político-criminal de Jakobs em comparação com as tendências críticas e progressivas hoje existentes na sociologia jurídico-penal. A posição de Jakobs não permite identificar como problema político a desigualdade na distribuição do 'bem negativo' criminalidade, em prejuízo dos grupos da população mais débeis socialmente, e a existência de uma compensação a essa desigualdade. Tampouco permite, ao menos, abordar o fato de que a invisibilidade e a conseguinte imunidade das infrações às normas, resulta funcionais à estabilização de posições de privilégio social e podem ser facilmente manipuladas em benefício delas próprias, por meio de uma sábia estratégia de sensibilização da opinião pública e de indução de alarme social".

soluções de “situações sociais problemáticas”³⁰², razão pela qual a pena criminal é então alçada à categoria principal de mecanismo para o enfrentamento de situações específicas que pouco tem a ver com a redução dos índices de criminalidade, acarretando, obviamente, em incremento da violência oficial e, por consequência, incremento dos quadros de violência no âmbito do próprio corpo social.

Giro outro, Juarez Cirino dos Santos desenvolve crítica interessante à prevenção geral positiva a partir da concepção de pena como retribuição equivalente desenvolvida por E. B. Pasukanis. Juarez Cirino dos Santos assinala que tanto os autores da prevenção geral positiva fundamentadora como os da prevenção geral positiva limitadora vinculam a retribuição equivalente da pena criminal às funções de preservação da ordem social a partir da relação capital e trabalho remunerado das sociedades contemporâneas. Nessa medida, e com Pasukanis a embasar seu raciocínio, assinala que o valor atribuído à pena criminal, se do ponto de vista das funções oficiais da pena, pode ser considerado inútil, da mesma maneira não pode ser assim considerado sob o ponto de vista das funções reais ou latentes da pena criminal sob um viés político, “precisamente porque a *desigualdade* social e a *opressão* de classe do capitalismo é garantida pelo discurso penal da *correção/neutralização* individual e da *intimidação/reforço da fidelidade jurídica* do povo”³⁰³.

Destarte, a prevenção geral positiva, ao que parece, não sobrevive às críticas criminológicas e mesmo às jurídicas, sendo altamente questionável seu manejo para justificar a existência da instituição prisão até os dias de hoje.

3.3 CRÍTICA E DESLEGITIMAÇÃO DA FUNÇÃO PREVENTIVA ESPECIAL POSITIVA SOB A PERSPECTIVA DA PRISÃO

Santiago Mir Puig assinala que a ideia da ressocialização passou, em relativamente pouco tempo, de constituir uma alternativa de futuro para o Direito Penal

³⁰² CIRINO DOS SANTOS, 2010, *op. cit.*, p. 449.

³⁰³ CIRINO DOS SANTOS, 2010, *op. cit.*, p. 441.

para entrar em uma grave crise, principalmente ante a constatação de que a proposta dessa função visa a sua implementação por meio do cárcere³⁰⁴.

O desenvolvimento da justificação do castigo perante um delito recebeu relevo com as teorias preventivas especiais, inquestionavelmente. Ao tratar o delinquente sob as perspectivas do determinismo positivista e da periculosidade, atribuindo um caráter de cientificidade a esta abordagem, a doutrina preventiva especial conferiu extraordinária atenção à individualização da pena de acordo com as características pessoais do sujeito, adequando assim a sanção a tais características de modo a obter a solução que melhor corrigisse ou reeducasse o sujeito, sem olvidar, todavia, do fator de intimidação daquele que apenas ocasionalmente comete um ilícito criminal. Sob o ponto de vista da racionalidade, em face do retributivismo, a evolução do fim do Direito Penal, inclusive filosoficamente, é evidente.

Contudo, a partir das reflexões mais profundas da própria dogmática jurídico-penal, e, principalmente, das pesquisas e conclusões apresentadas pela Criminologia e pela Sociologia, a função preventiva especial positiva passou a ser duramente criticada e restou desacreditada, sobretudo a partir da segunda metade do século XX.

Entretanto, é a ressocialização que produz maior debate teórico e, via de consequência, maior volume de críticas.

Nessa perspectiva, uma série de apontamentos foi lançada à finalidade de ressocialização do indivíduo pela pena, e tornaram-se especialmente fortes a partir dos anos 70 do século passado³⁰⁵. As críticas tomadas como principais por esta investigação, que por melhor sistemática serão divididas em cinco agrupamentos não estanques entre si e que se inter-relacionam ao longo do discurso, têm como foco abordar as dificuldades teóricas da função ressocializadora tanto quanto à sua legitimação, como quanto à sua aplicação prática, e parte tanto de teóricos da

³⁰⁴ PUIG, 2006, *op. cit.*, p. 67.

³⁰⁵ “Já entre os anos 60 e 70 do século passado, a prevenção especial é abandonada em consequência do avanço das ciências empíricas que põem em destaque a ineficácia da ressocialização; e, desde um ponto de vista político-social, se questiona que o tratamento constitui ingerência ou lesão de Direitos nos sistemas de valores do delinquente”. BUSATO, *op. cit.*, p. 768.

dogmática jurídico-penal, como também de autores vinculados aos estudos da Criminologia³⁰⁶.

A primeira dessas críticas pode ser extraída da obra de Luigi Ferrajoli³⁰⁷, o qual aponta que as doutrinas preventivas especiais da defesa social promovem verdadeira confusão entre os conceitos de direito e natureza, sociedade e Estado, ordenamento jurídico e organismos animais, com o claro intuito de impor à ordenação social uma base organicista, tratando assim o agente realizador de ilícito criminal como um doente ou um desajustado que precisa ser trazido de volta à integração social; assim, o fracasso das tentativas de ressocialização do indivíduo, independentemente da forma ou do número de tentativas neste ínterim, fatalmente conduziria a uma seleção artificial do indivíduo inapto à vida social por meio do Direito Penal e da pena (sobretudo a privativa de liberdade), justificando sua inocuidade e eliminação justamente em razão das tentativas frustradas de sua readaptação social, ou, melhor, de sua ressocialização³⁰⁸.

De seu turno, Santiago Mir Puig assinala que, tanto desde posições liberais clássicas como desde posições políticas críticas, é possível colocar em questão a própria legitimidade política do pensamento ressocializador.

³⁰⁶ “*El descrédito de la prevención especial se base fundamentalmente en que la idea de configurar a la pena privativa de libertad como ejecución penal de la resocialización no há tenido hasta ahora resultados contundentes. En todas partes se produce una imagen similar: se carece de dinero – y también a menudo sólo de voluntad para invertirlo em costosos esfuerzos socializadores –. Tampoco se ha podido desarrollar hasta hoy um concepto de tratamiento realmente eficiente y sencillo de aplicar. Así, bajo el lema ‘nothing works’ (nada funciona), se ha extendido frente a la prevención especial la resignación y um general escepticismo*”. ROXIN, Claus. **Fundamentos político-criminales del Derecho penal**. Tradução de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Hammurabi, 2008, p. 98.

³⁰⁷ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 252.

³⁰⁸ Em nota de rodapé à obra citada neste trabalho, Luigi Ferrajoli destaca: “‘Garofalo e Ferri’ – comenta Manzini – ‘não escondem os excessos que adviriam da adoção deste princípio. O primeiro, aliás, depois de haver contado que durante o reino de Henrique VIII foram enforcados nada menos que 72.000 mendigos e vagabundos, escreve que os seus ‘sentimentos mais íntimos protestam contra o assassinato legal de quem não é convicto de outra culpa senão a de ócio e de mendicância’; mas acha que ‘a rigor de lógica as leis sanguinárias da Inglaterra do século XVI seriam justificadas e que, ‘do ponto de vista da seleção’, aqueles setenta e dois mil enforcados sem dúvida depuraram a raça anglo-saxã. E. Ferri, por sua vez, admite que, dado o princípio da seleção artificial, ‘legitimar-se-ia e tornar-se-ia obrigatório o assassinato mais espartano de todos os nascidos com defeitos, ou afetados por doenças incuráveis, de enfermidades contagiosas ou outros’; mas aprova, com algumas ‘restrições de forma’, a proposta de um certo Edgar, que queria castrar os reincidentes e os loucos!... Seria um substitutivo verdadeiramente maravilhoso! Edgar, ao propor o seu projeto de lei ao Parlamento de Michigan, deve ter certamente pensado nessas palavras de Garofalo: ‘não punir os filhos dos delinquentes, mas impedir que nasçam: produzir com a morte do delinquente ou com seu isolamento perpétuo uma artificial seleção da qual seria melhorada a raça humana (*Diritto penale*, cit., p. 81)’”. FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 421.

Desse modo, a segunda crítica à função ressocializadora da pena aqui examinada tem importante influência político-liberal. De acordo com as ideias liberais, a função primordial do Direito Penal é limitar o poder punitivo do Estado e colocá-lo (o poder punitivo) em exercício apenas mediante o uso racional das formas previamente estabelecidas em lei geral e abstrata para, ao final, permitir válida e legítima aplicação concreta da norma penal. Portanto, é o fato que está em análise direta, e não o seu autor (apenas indiretamente examinado), a exigir que o Direito Penal seja “do fato”, e não do “autor”. Nessa quadra, a função ressocializadora da pena pode colocar em risco esta exigência liberal de um Direito Penal do fato, e não um Direito Penal do autor, uma vez que a ressocialização volta-se exclusivamente para o indivíduo, e não para o fato. Não deixa de ser, portanto, um paradoxo, principalmente diante do manifesto perigo a este estamento liberal definitivamente arraigado nas Constituições do século XX³⁰⁹.

Ainda, a função ressocializadora sofre duras críticas também por parte dos teóricos da criminologia, mais especificamente daqueles ligados à criminologia crítica. Dentre estas, cumpre destacar a crítica materialista da pena criminal com base marxista³¹⁰ a partir de E. B. Pasukanis, em específico porque, obviamente, qualquer tentativa de implementar-se a ressocialização pela oferta de trabalho é um paradoxo e denota de plano um fracasso na empreitada, visto que vem confrontar a exigência própria da acumulação capitalista de manter e, quiçá, elevar o nível de desigualdade social que, de certo modo, alimenta e sustenta qualquer sociedade fundada em bases capitalistas

Outrossim, a partir dos estudos levados a efeito por Alessandro Baratta, Juarez Cirino dos Santos e Howard Becker, dentre outros, a função ressocializadora foi severamente criticada por várias correntes ligadas à criminologia moderna, sendo certo que estas, a despeito de diferentes entre si, possuem um tronco comum no que tange à crítica da ressocialização: todas elas tomam em consideração, como um *a priori*, a circunstância de que é a sociedade, e não o indivíduo tido como delinquente, que necessita de mudança³¹¹. Para a teoria do etiquetamento (*labeling approach*)³¹², por

³⁰⁹ PUIG, 2006, *op. cit.*, p. 69-70.

³¹⁰ Vide BARATTA, 2010, *op. cit.*, p. 189.

³¹¹ MIR PUIG, 2006, *op. cit.*, p. 70.

³¹² Vide Capítulo 1, item 1.1.2.1, *infra*.

exemplo, não deriva exatamente do comportamento do indivíduo que realiza um ilícito qualificado como “delituoso”, mas, em verdade, trata-se de um “etiquetamento social” imposto a determinadas categorias sociais por meio de instâncias criminalizadoras que integram um projeto (oficial) de “processos de criminalização”³¹³. Vale dizer: para os teóricos do *labeling approach*, não pode o indivíduo ser objeto central do exame racional da função da pena, espaço que deve ser ocupado pela sociedade, estabelecida a premissa de que “não é o crime que produz o controle social, mas (frequentemente) o controle social que produz o crime”³¹⁴, ou seja, esta mesma sociedade é que produz e define a criminalidade. Já para a teoria materialista-crítica da pena criminal, a partir de uma perspectiva marxiana do direito penal e sua categorização como instrumento de controle social manejado pela classe social dominante, sustenta que “o Direito Penal burguês não é mais que a defesa dos interesses da classe dominante e que dita defesa recai, de forma discriminatória, no proletariado”³¹⁵.

Uma quarta crítica à função ressocializadora diz diretamente com a incapacidade da teoria preventiva especial pura em controlar o poder punitivo do Estado. Todavia, aqui não mais sob o viés estritamente liberal, como apontado acima, mas sim em face da possibilidade de o Direito Penal ser utilizado como instrumento de imposição de um pensamento totalizante, e, desta forma, atuar de forma a promover a submissão dos inimigos políticos dos detentores do poder estatal com vistas à “eliminação da dissidência”. Como assinala Busato, o fim ressocializador, levado ao extremo desse argumento, poderia potencialmente conduzir à “instrumentalização do

³¹³ “Esta direção de pesquisa parte da consideração de que não se pode compreender a criminalidade se não se estuda a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela, começando pelas normas abstratas até a ação das instâncias oficiais (polícia, juízes, instituições penitenciárias que as aplicam), e que, por isso, o *status* social de delinquente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social da delinquência, enquanto não adquire esse *status* aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instâncias. Portanto, este não é considerado e tratado pela sociedade como ‘delinquente’. Neste sentido, o *labeling approach* tem se ocupado principalmente com as reações das instâncias oficiais de controle social, consideradas na sua função constitutiva em face da criminalidade. Sob este ponto de vista tem estudado o efeito estigmatizante da atividade da política, dos órgãos de acusação pública e dos juízes”. BARATTA, 2010, *op. cit.*, p. 86.

³¹⁴ CIRINO DOS SANTOS, 2008, *op. cit.*, p. 19.

³¹⁵ MIR PUIG, 2006, *op. cit.*, p. p. 71.

homem aos fins do Estado, com o que se lhe *coisifica* e se perde o respeito à sua dignidade como pessoa, o que é inconcebível dentro de um Estado de Direito”³¹⁶.

Por fim, a última das grandes críticas a ser abordada neste trabalho deriva, fundamentalmente, das obras de Francisco Muñoz Conde e Winfried Hassemer.

Muñoz Conde, ao qualificar a ressocialização como *mito*, descreve que o otimismo com a ressocialização como função da pena, advindo com o fim da Segunda Grande Guerra, foi excessivamente acrítico e exagerado, assinalando ainda que, a despeito de sua aceitação geral inicial, nenhum teórico ou corrente doutrinária foi capaz, até hoje, de preencher esta palavra com significado e conteúdo concretos, impedindo assim um controle racional sobre ela³¹⁷. Sem embargo, assevera em sentido forte, falando agora mais especificamente sobre a pena de prisão³¹⁸, que é muito difícil (re)educar para a liberdade em condições de não liberdade, tratando de apontar que ao menos diante da realidade carcerária espanhola (que vale perfeitamente para a realidade carcerária latino-americana e brasileira) é impossível ser muito otimista quanto à possibilidade de ressocialização nos precários estabelecimentos penitenciários atuais, ao argumento de que o cárcere muda abertamente o delinquente, todavia o fazendo, em regra, para piorá-lo, sem olvidar, neste ponto, que o encarcerado (e todo o condenado criminal) tem o direito a não ser tratado para fins de ressocialização, como parte integrante de um direito fundamental a “ser diferente” que toda a sociedade plural e democrática forçadamente deve reconhecer.

De outra banda, Winfried Hassemer, de forma objetiva, assinala que muito pouco se sabe (e isso disse já em 2001) sobre o que realmente a execução penal ressocializante produziu, produz ou pode vir a produzir como consequências benéficas

³¹⁶ BUSATO, *op. cit.*, p. 769.

³¹⁷ MUÑOZ CONDE, 2004, *op. cit.*, p. 90-91. Destaca ainda o Professor espanhol: “*La resocialización supone un proceso de interacción y comunicación entre el individuo y la sociedad que no puede ser determinado unilateralmente, ni por el individuo ni por la sociedad. El individuo no puede, en efecto, determinar unilateralmente un proceso de interacción social, porque la propia naturaliza de sus condicionamientos sociales está obligado al intercambio y a la comunicación con sus semejantes, es decir, a la convivencia. Pero tampoco las normas sociales pueden determinar unilateralmente el proceso interactivo sin contar con la voluntad del individuo afectado por ese proceso, porque las normas sociales no son algo inmutable y permanente, sino el resultado de una correlación de fuerzas sometidas a influencias mutables. En otras palabras: resocializar al delincuente sin cuestionar al mismo tiempo el conjunto social normativo al que se pretende incorporarlo, significa pura y simplemente aceptar como perfecto el orden social vigente sin cuestionar ninguna de sus estructuras, ni siquiera aquellas más directamente relacionadas con el delito cometido*” (p. 93).

³¹⁸ MUÑOZ CONDE, 2004, *op. cit.*, p. 97 e seguintes.

para o condenado e para o corpo social como um todo, denotando, nesta crise do fundamento utilitário, uma questão séria sobre a legitimidade do projeto ressocializante³¹⁹.

Pouco resta a apontar, senão poder constatar a gravíssima crise de legitimidade que atinge a prevenção especial positiva, a inviabilizar sua utilização como critério argumentativo de justificação da manutenção do uso do cárcere, portanto.

3.4 CRÍTICA E DESLEGITIMAÇÃO DA FUNÇÃO PREVENTIVA ESPECIAL NEGATIVA SOB A PERSPECTIVA DA PRISÃO

A prevenção especial negativa talvez seja a única das funções jurídicas da pena criminal que, a despeito de não conseguir se sustentar ante as objeções da crítica criminológica, permanece válida e plenamente demonstrável, embora, talvez, em uma perspectiva que se choca frontalmente com o próprio Estado Democrático de Direito.

Silva Sánchez³²⁰ diz ser corrente a ideia de que a “inocuidade” se trata de efeito inerente à própria pena criminal, inseparável da intervenção punitiva sobre o indivíduo, visto que toda intervenção punitiva supõe ser um mal que recairá sobre o futuro indivíduo afetado.

Todavia, tal argumento, a despeito de verdadeiro, deixa de abordar questões de sensível importância apontadas pela criminologia, pela sociologia, pela penologia e pela filosofia política do século XX.

A questão de a neutralização do indivíduo poder conduzir, no extremo, à prisão perpétua e à pena de morte, por exemplo, revela um paradoxo insolúvel das doutrinas da emenda e da Escola Sociológica (principalmente desta última), pois a punição pela via da neutralização e a correção pela via da reeducação são, em hipótese última, totalmente incompatíveis e inassimiláveis.

³¹⁹ HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 105.

³²⁰ SILVA SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 488.

Em razão dos exemplos extremos acima referidos, surge um impasse na solução teórico-filosófica fornecida pela aplicação exclusiva da prevenção especial (sobretudo negativa) em relação ao indivíduo delinquente que, atuando de acordo com sua autonomia ética a lhe permitir orientar-se conforme o sentido³²¹, simplesmente rejeita qualquer adequação ao modelo imposto pela ordem social para os seus integrantes e resolve conduzir sua vida pautado em continuar perpetrando atos de natureza ilícita criminal.

Como já apontado neste trabalho, a prevenção especial negativa tem por escopo não desenvolver um projeto de melhoria do ser humano criminalizado e condenado (principalmente quando a condenação passa pelo cárcere), mas para o neutralizar, causando ao indivíduo um mal que, ao mesmo tempo, apresenta-se como um “bem” para a sociedade.

É possível, com base na literatura jurídico-penal sobre o tema, tratar o projeto disciplinar foucaultiano como resultado de uma combinação entre os dois prismas da prevenção especial, vale dizer, o positivo da reeducação e da ressocialização do indivíduo e o negativo da sua neutralização ou eliminação. Impossível compreender a função disciplinar afastando quaisquer desses paradigmas da prevenção especial.

Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar assinalam que a prevenção especial negativa não se enuncia como função manifesta exclusiva e isolada da pena criminal, mas em combinação com a prevenção especial positiva. Nesses termos, quando as chamadas *ideologias re* (ressocialização, reeducação, reinserção) fracassam ou são abandonadas como programa ou em um determinado caso concreto, tende-se a se apelar para a neutralização e eliminação. Assim, como a prevenção especial positiva, segundo a crítica criminológica, sempre fracassa, a neutralização resta como vetor único de canalização da função preventiva especial da pena criminal e acaba por se constituir como uma pena atroz imposta em decorrência da seletividade arbitrária própria do sistema penal³²².

Outrossim, o discurso da defesa social, à semelhança do que ocorre com a prevenção geral positiva fundamentadora, perspassa a prevenção especial negativa e

³²¹ ZAFFARONI *et alii*, *op. cit.*, p. 12.

³²² ZAFFARONI *et alii*, *op. cit.*, p. 127.

radica sua base teórica nas atuais teorias funcionalistas-sistêmicas da pena criminal, especialmente com Günther Jakobs, por meio da aplicação, como já referido, do pensamento de Niklas Luhmann ao direito penal (como sistema). Não à toa, dentre tais teorias portadoras deste discurso está justamente a construção teórica de Günther Jakobs sobre o *direito penal do inimigo*.

Tomando por base da premissa de que a pena criminal não tem como missão evitar lesão a bens jurídicos, mas sim apenas reafirmar e restabelecer a vigência da norma (à custa de quem a violou), e abertamente subdividindo-se o direito penal em Direito Penal do cidadão e Direito Penal do inimigo³²³, restaria plenamente legítima e legitimada a neutralização não apenas de pessoas, mas também de grupos classificados como “de risco”; como bem resume Salo de Carvalho, tal proposta punitiva de neutralização ampla vem embasada no argumento de que “contra o terror das organizações criminosas é legítimo o terrorismo de Estado”³²⁴.

A partir dessa nova e sombria perspectiva de aumento de abrangência e relevância da prevenção especial positiva focada na eliminação e neutralização (agora, de grupos sociais inteiros), Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar denunciam a perversidade do discurso da defesa social como fundamento da função preventiva especial da prisão de modo geral, dando conta de que, nessa medida, se o importante é a proteção do corpo social por meio de um fundamento teórico funcionalista-sistêmico do qual deriva uma visão organicista da sociedade, os seres humanos passam a ser compreendidos como simples células do organismo social que, quando reputadas indesejáveis,

³²³ Vide, por exemplo, JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 4ª ed. Organização e tradução de André Luíz Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

³²⁴ CARVALHO, *op. cit.*, p. 109. E ainda, acrescenta: “Segundo Jakobs, o direito penal de garantias seria aplicável apenas aos cidadãos que praticaram acidental ou esporadicamente crimes. Para estes integrantes do pacto social envolvidos em práticas delitivas estariam resguardados todos os direitos e as garantias inerentes ao Estado de direito (princípios liberais da modernidade). O cidadão, nesta perspectiva, seria aquele indivíduo que, mesmo tendo cometido um erro (crime), ainda oferece *garantias cognitivas* de comportamentos idôneos para garantir a *vigência das normas*. Contra os cidadãos infratores a pena representaria uma resposta desautorizadora do fato, restabelecendo a confiança social na estabilidade da lei penal. Sustenta Jakobs, porém, ser possível identificar casos em ‘(...) *que a expectativa de um comportamento pessoal é reduzida de forma duradoura* [ocasião na qual] *diminuem as possibilidades de tratar o delinquente como pessoa*’. Nas circunstâncias de rompimento com as expectativas sociais, quando inexistente um mínimo de garantia cognitiva sobre as condutas, seria lícita a despersonalização do desviante com a consequente exclusão do *status* político da cidadania. Sendo o direito penal de garantias privilégio exclusivo dos integrantes do pacto social, àqueles que se negam a participar do contrato ou pretendem destruí-lo seria incabível o qualificativo de pessoa, resultando a legítima destituição dos seus direitos fundamentais” (p. 109-110).

defeituosas ou incorrigíveis, não há outra solução a não ser a sua neutralização e, no extremo, a sua eliminação. Tal explicação, segundo os autores, ao ter como foco exclusivamente a formalização do instrumental jurídico (Direito) para compor aos conflitos que emergem do âmago da sociedade, prescinde propositalmente de uma abordagem política da questão da criminalização, concentrando o Estado seu aparato punitivo sob as camadas política e economicamente débeis do corpo social, beneficiando-se sempre, via de consequência, os grupos sociais que, nesse norte, detêm o poder central em uma certa sociedade³²⁵.

Peter-Alexis Albrecht vai ainda além.

Segundo Albrecht, a sociedade contemporânea pós-moderna encontra-se em uma fase de transição do simbólico Direito Penal do risco para um *pós-preventivo Direito Penal de segurança*, com elevação da carga penal não apenas quantitativa, mas qualitativamente, sob uma *orientação global de segurança*. Ganha papel cada vez mais fundamental e importante o direito penal – apenas o controle pelo direito (penal) importa nesta nova perspectiva, restando sem importância teórica e empírica e em plano filosófico inferior, salienta Albrecht, tanto o conhecimento social como o conhecimento criminológico.

Assim, o conhecimento penal passa a ditar a política criminal adotada, e não o inverso. Com o fator segurança tomado em mais alta conta, acabam por ser negados direitos de liberdade e direitos humanos aos indivíduos, e quem sofre mais com esta mudança de paradigma são os grupos sociais débeis que porventura sejam classificados como um risco e um perigo a qualquer organismo social. Nesse passo, como o alcance máximo da segurança, por ser uma pretensão falaciosa, nunca resta alcançado, “sobra, apenas, um máximo em aniquilação de liberdade e, com isso, uma destruição dos fundamentos de legitimação de uma sociedade livre e democrática”³²⁶.

A função preventiva especial negativa, portanto, serviria tão-só para reforçar o caráter de seletividade do sistema penal e, a partir da neutralização, manter sob controle indivíduos e grupos sociais de antemão tidos como *perigosos*, e, destarte, contra os quais o direito penal deve voltar suas forças para combater, controlar e

³²⁵ ZAFFARONI *et alii*, *op. cit.*, p. 128.

³²⁶ ALBRECHT, *op. cit.*, p. 75.

neutralizar. Não parece ser uma função da pena validamente adequada aos postulados fundantes de qualquer Estado Democrático de Direito. Todavia, esta constatação é de suma relevância para entender o papel atual do cárcere na sociedade contemporânea.

3.5 O QUE O *CONTRASTE* ENTRE O DISCURSO OFICIAL E OS DISCURSOS CRÍTICOS É CAPAZ DE REVELAR?

O discurso jurídico-penal oficial das funções da pena criminal, como visto, produz inúmeras justificativas para a utilização da prisão para o alcance de suas finalidades, como instrumento primordial de que se vale o sistema repressivo-penal.

Desde um papel meramente retributivo, passando pelas teorias da prevenção geral negativa (intimidação ou coação psicológica sobre todo o grupo), da prevenção geral positiva (reforçar a consciência jurídica da população mediante a estabilização das expectativas normativas com vistas à elevação da fidelidade ao direito), da prevenção especial positiva (discurso de ressocialização, reeducação e reintegração do indivíduo condenado) e da prevenção especial negativa (discurso da neutralização, inocuidade e eliminação), as teorias do discurso jurídico-penal, sobretudo após o aparecimento do cárcere como resposta universal do sistema punitivo, vêm tentando ao longo dos últimos dois séculos por meio dos esforços de especialistas de direito penal e das linhas filosóficas elaboradoras em específico no século XVIII³²⁷ legitimar juridicamente a existência da pena criminal e, especialmente, da instituição prisão como meio pelo qual aquela é executada na prática.

Contudo, já não é surpresa que *nenhuma das funções juridicamente* atribuídas à prisão seja sustentável já neste período de pós-modernidade da sociedade humana, e desde antes.

A construção, neste capítulo, de um *contraste* entre o discurso oficial e o discurso crítico teve por intuito revelar que as funções oficiais supostamente desempenhadas pela prisão embasadas nas teorias jurídicas podem, na

³²⁷ FOUCAULT, 2012b, *op. cit.*, p. 285.

contemporaneidade, ser admitidas como completamente ilegítimas e que, seriamente, não poderiam mais justificar um meio (a pena) que visa ao alcance de um fim (a colocação do indivíduo no cárcere), especialmente se tomada a realidade da *região marginal do mundo* indicada por Zaffaroni, qual seja, nesse contexto, o Brasil e toda a América Latina.

Os discursos críticos destacados no segundo capítulo desta dissertação em grande medida permitem concluir a grave crise de justificação (mesmo filosófica) das teorias jurídico-penais especialmente no que tange à prisão como instrumento principal de concretização da pena criminal.

Foucault, como dito alhures, apreende o direito como um procedimento de sujeição, de construção histórica do saber e do próprio sujeito. Tal como a disciplina, e também por ser um meio pelo qual se implementa uma estratégia de poder, não se pode compreender o controle via sujeição sem se compreender a relação direito-poder. Tal relação fundamentará, em certa medida, uma tecnologia de controle individualizante e, ao mesmo tempo, totalizante do sujeito. Zaffaroni não deixou de perceber a importantíssima contribuição de Foucault neste campo epistemológico, de cabal relevância para a compreensão do funcionamento de um *mecanismo de poder e de sujeição* através do poder de punir pela via instrumental do cárcere.

O mestre argentino assinala que as principais teses de Foucault acerca da *relação direito-poder na construção do saber* são extremamente importantes para a compreensão da questão ora posta nesta nossa região marginal, ponderando que a “epistemologia institucional” foucaultiana serve para explicar boa parte das respostas à deslegitimação do cárcere enquanto instituição de sequestro, especialmente em uma região do mundo profundamente influenciada por aquilo que Zaffaroni denomina “imensa instituição de sequestro”, a colônia e o seu processo desconstrutivo-reconstrutivo³²⁸.

A genealogia desenvolvida por Foucault a partir da relação entre poder e saber, especialmente tendo em conta o direito, como já asseverado, tem por objetivo especificar os mecanismos de controle que irão se estabelecer com a interação entre o direito e o poder como formadora da tecnologia da disciplina: a prisão, então, é o ápice

³²⁸ ZAFFARONI, 1991, *op. cit.*, p. 63.

da sociedade disciplinar idealizada por Foucault, extravasando-se, obviamente, este *saber* para todos os campos do corpo social³²⁹, influenciando decisivamente comportamentos e funcionando a prisão, além de mecanismo de controle, como instrumento de manutenção do poder político e econômico nas mãos da classe dominante.

A teoria do *labeling*, de outra face, possibilita vislumbrar a prisão como instrumento de controle sociopolítico das camadas mais débeis da sociedade (ocidental, latino-americana, brasileira), reproduzindo e reafirmando a marginalização social mediante uma *intervenção estigmatizante* levada a cabo pelo sistema repressivo do Estado, que, resultado da mecânica do poder punitivo, pereniza o estigma e a marginalização de determinados indivíduos e, outrossim, de grupos sociais inteiros.

Juarez Cirino dos Santos, a partir dos postulados da teoria materialista ou dialética e tomando por referência a compreensão da pena criminal como retribuição equivalente do crime nas sociedades modernas, aduz que tal função *real* da pena (retribuição equivalente) legitima a pena de acordo com a lógica do sistema capitalista, o que conduz à construção de um direito penal materialmente desigual, e à criminalização seletiva de categorias sociais compostas por indivíduos débeis e marginalizados por meio da estigmatização e rotulação destes. Como resultado, conclui Juarez Cirino dos Santos, resta excluída ou no mínimo reduzida a própria racionalidade que informa a dogmática penal, comprometendo assim sua capacidade de enfrentar o problema tal como a realidade empírica o apresenta³³⁰.

Também a teoria agnóstica ou negativa pretende “retirar a cobertura” legitimadora do discurso jurídico-penal da pena criminal, ao assinalar que esta não pode ser entendida somente como mera consequência jurídica do cometimento de um

³²⁹ “O modelo panóptico do poder moderno concebido por Michel Foucault apoia-se numa suposição bastante semelhante. O fator decisivo desse poder que os supervisores ocultos na torre central do Panóptico exercem sobre os internos mantidos nas alas do edifício em forma de estrela é a combinação da total e constante visibilidade desses últimos com a invisibilidade igualmente total e perpétua dos primeiros. Sem jamais saber com certeza se os supervisores os estão observando ou se sua atenção desvia-se para outras alas, se estão dormindo, descansando ou atentos, os internos devem se comportar o tempo todo *como se* estivessem efetivamente sob vigilância. Os supervisores e os internos (sejam eles prisioneiros, trabalhadores, soldados, alunos, pacientes ou outra coisa) residem no ‘mesmo’ espaço, mas são colocados em situações diametralmente opostas. A visão do primeiro grupo não é obstruída, enquanto o segundo precisa agir num território de névoa, opaco”. BAUMAN, 1999, *op. cit.* p. 41.

³³⁰ CIRINO DOS SANTOS, 2010, *op. cit.*, p. 453.

crime, mas como autêntico instrumento político do exercício do poder de punir por parte do Estado e de suas agências, comprometendo, também, a relação de *racionalidade* entre pena criminal e direito penal como relação de legitimação ou de justificação. Comprometida a racionalidade desta dicotomia, a mesma crise de racionalidade vai se abater sobre o principal instrumento da pena criminal: a prisão.

Em reforço e, ao mesmo tempo, em decorrência dos discurso críticos, o contraste feito entre estes e o discurso oficial revela a crise de justificação da instituição prisão a partir das teorias jurídico-penais.

Basta, para tanto, remontar o que restou de tal contraste, tomando-se sobretudo, neste momento, a realidade brasileira (e também, em certo modo, a realidade latino-americana de modo geral).

A retribuição, por buscar uma reparação por meio de vingança estatal pelo mal praticado em razão do cometimento de um delito, constituindo assim um fim metafísico em si mesma, atualmente sequer merece maiores digressões, mesmo que não se desconsidere o surgimento na atualidade das chamadas teorias neorretribucionistas, tais como a do justo merecimento ou a da pena proporcional mediante critérios quantitativos e qualitativos³³¹.

A prevenção geral negativa, como demonstra a Criminologia crítica, não apresenta qualquer base empírica para poder ser afirmada pelo discurso oficial como real função jurídica do castigo e, em consequência, continuar a autorizar a prisão como recurso de concretude da pena criminal.

³³¹ Aqui, parece, vale um esclarecimento sobre tais ideias neorretribucionistas: “O princípio orientador da teoria do merecimento é o do estabelecimento de mecanismos de orientação (*guidelines*) para aplicação judicial (*sentencing*) de penas proporcionais à gravidade do crime cometido. A delimitação de parâmetros de proporcionalidade permitiria criar escalas de sanções conforme a lesão provocada pelo infrator, de forma a estabelecer paridade quantitativa (tempo) e qualitativa (espécie) entre penas decorrentes de infrações de natureza semelhante. Definida antes da prática do delito, a guia penológica, direcionada ao juiz, substituiria os juízos e os prognósticos de reincidência elaborados pelo corpo clínico criminológico que atuava no interior do sistema penal. Possível afirmar que a teoria do merecimento se diferencia dos demais discursos de justificação mais pela sua natureza pragmática do que pelo seu conteúdo teórico, ou seja, caracteriza-se mais como uma técnica de definição de limites de quantificação regrados pela distribuição proporcional de sanções do que como teoria da justificação da legitimidade das penas. Segundo Hirsch, o princípio da proporcionalidade, que impõe que as sanções sejam adequadamente severas à gravidade das infrações, surge como exigência de justiça (justo merecimento), traduzindo-se, conforme destaca Ashworth, ‘no conceito-chave da teoria do merecimento’. Assim, contrariamente à tradição filosófica, ‘que se limitou à justificação geral do castigo ao ‘porque’ deveria existir o castigo’, sustenta a necessidade de discutir ‘a relação entre a justificação da existência do castigo com a questão de quanto castigo deve merecer o infrator’. CARVALHO, *op. cit.*, p. 98, grifos do autor.

A prevenção geral positiva, sob um prisma, ao buscar a estabilidade do direito normativo em prol da funcionalidade sistêmica do corpo social, conduzirá, como visto, à legitimação da expansão qualitativa e quantitativa do sistema repressivo-punitivo penal, com o conseqüente aumento dos quadros de desigualdade social e de seletividade marginalizadora de setores cada vez maiores da população.

Já a prevenção especial positiva se explica também por outro prisma, vale dizer, também pelo enfrentamento da realidade empírica. A par de todas as críticas indicadas no item *supra*, basta mencionar que, segundo dados oficiais obtidos a partir do Departamento Penitenciário Nacional brasileiro (DEPEN), em dezembro do ano de 2012, somente no Estado do Paraná (referência local) havia 9.280 (nove mil, duzentos e oitenta) indivíduos presos em carceragens policiais com praticamente nenhum acesso a qualquer tipo de ação afirmativa que pudesse, minimamente, autorizar sua (hipotética) ressocialização. A prevenção especial positiva não tem, atualmente, qualquer respaldo teórico ou empírico. Sob nenhum aspecto, portanto, em face da calamitosa condição dos estabelecimentos penitenciários do Brasil (e, por igual, na América Latina), é possível imaginar a implementação autêntica de um discurso ressocializador, reeducador e reintegrador da pena e da prisão, sendo verdadeira *letra morta* a norma contida no artigo 1º, da Lei de Execuções Penais brasileira. Ademais, o cárcere não produz nenhum efeito educativo sobre o indivíduo: ao invés de assegurar a proteção da individualidade, demonstra-se opressor e coativo, eliminando qualquer tipo de processo de (re)inserção. Sobre a questão, por todos, Baratta:

Antes de falar de educação e de reinserção é necessário, portanto, fazer um exame do sistema de valores e dos modelos de comportamento presentes na sociedade em que se quer reinserir o preso. Um tal exame não pode senão levar à conclusão, pensamos, de que a verdadeira reeducação deveria começar pela sociedade, antes que pelo condenado: antes de querer modificar os excluídos, é preciso modificar a sociedade excludente, atingindo, assim, a raiz do mecanismo de exclusão. De outro modo permanecerá, em quem queira julgar realisticamente, a suspeita de que a verdadeira função desta modificação dos excluídos seja a de aperfeiçoar e de tornar pacífica a exclusão, integrando, mais que os excluídos na sociedade, a própria relação de exclusão na ideologia legitimante do estado social³³².

³³² BARATTA, 2010, *op. cit.*, p. 186.

Se resta, todavia, alguma função *jurídica* da pena que pode ser admitida como plausível com a realidade fática e empiricamente demonstrável no que se refere à prisão, essa é a *prevenção especial negativa* na perspectiva da utilização do cárcere. Com efeito, se há uma função que continua em plena vigência ainda hoje, ainda que em plano diverso do jurídico, é a neutralização dos enviados ao cárcere – se não integram o “mundo do consumo” e se são reputados já de antemão pelo modelo repressivo estatal como *perigosos*, já não se vive a mesma vida dos *turistas*³³³; vive-se algo diferente, um outro tipo de vida, uma “sub-vida”, ou algo que o valha.

Sustentar a existência da instituição prisão a partir das teorias jurídicas da pena canalizadoras de um discurso jurídico-penal, como restou demonstrado até agora, é “fechar os olhos” à realidade e desprezar o fato de que a real explicação do fenômeno não pode se dar jamais por meio de uma abordagem jurídica. Isso, quer se crer, está demonstrado nesta investigação.

E Foucault é preciso ao dizer que,

(...) conseqüentemente, as noções de instituição de repressão, de eliminação, de exclusão, de marginalização, não são adequadas para descrever, no próprio centro da cidade carcerária, a formação das atenuações insidiosas, das maldades pouco confessáveis, das pequenas espertezas, dos procedimentos calculados, das técnicas, das “ciências”, enfim, que permitem a fabricação do indivíduo disciplinar. Nessa humanidade central e centralizada, efeito e instrumento de complexas relações de poder, corpos e forças submetidos por múltiplos dispositivos de “encarceramento”, objetos para discursos que são eles mesmos elementos dessa estratégia, temos que ouvir o ronco surdo da batalha³³⁴.

Devemos abordar a investigação de acordo com seu campo empírico-epistemológico, e não sob o viés idealista de um *dever-ser* que desconsidere completamente a verdadeira função da instituição prisão e os malefícios que sua utilização ao longo dos últimos 200 anos têm causado às sociedades ocidentais, em específico às sociedades brasileiras e latino-americanas. Seguindo a orientação de Michel Foucault, aquele que se interessa por compreender as perspectivas das

³³³ Sobre a distinção baumaniana entre *vagabundos* e *turistas*, vide BAUMAN, 1999, *op. cit.*, pp. 85-110.

³³⁴ FOUCAULT, 2009, *op. cit.*, p. 291.

interfaces entre saber e poder, verdade e poder, nesta área, deve tomar a prisão como aquilo que vai nos esclarecer sobre o que exatamente é o sistema penal³³⁵.

O denominado enfoque idealista ou técnico, que insiste em ser utilizado pelos integrantes do sistema de justiça criminal no Brasil, na América Latina e em boa parte do mundo ocidental, continua a desenvolver a intenção de querer justificar o principal veículo de vazão da pena criminal (a prisão) pelas teorias jurídicas da pena, opção absolutamente falha sob o plano epistemológico. Defesa social e “resposta à criminalidade”: duo de argumentos ainda hoje utilizados pelo teóricos jurídicos da prisão.

Como afirma Alessandro Baratta, apenas um enfoque *materialista* ou *político-econômico*, preocupado com as verdadeiras nuances de um sistema penal e um sistema carcerário marcados pela seletividade, pela violência e pela desestruturação do ser humano, pode realmente dar conta de traduzir em linguagem toda a grande questão que envolve a legitimidade do cárcere em pleno século XXI. Ainda de acordo com Baratta, somente tal prisma é capaz de, desvelando o discurso falacioso que encobre a *verdade*, indicar quais as funções reais da instituição carcerária nas sociedades contemporâneas ocidentais. E sendo assim, o enfoque econômico-político acaba por fazer demonstrar que a discussão acerca de qual das teorias jurídicas da pena deve ser adotada pelo legislador e aplicada pelo julgador resta absolutamente incapaz e ineficaz para conduzir a um conhecimento verdadeiramente científico desta instituição total³³⁶.

A pretensão aqui, até agora, foi, a partir do contraste entre os discursos, fazer compreender que as teorias jurídico-penais acerca da matéria aqui investigada são insuficientes e incapazes de responder à grande questão: como se justifica e qual a verdadeira finalidade do cárcere, sobretudo a partir da realidade brasileira e latino-americana?

Um papel técnico-jurídico, por certo, não pode ser a resposta adequada frente ao debate proposto nesta investigação.

A investigação, então, passa a um novo ponto: pensada pela perspectiva local, em que instrumento consiste exatamente a prisão?

³³⁵ Michel Foucault, Foucault par lui-meme, documentário Youtube 2003.

³³⁶ BARATTA, 2010, *op. cit.*, p. 191.

3.6 PRISÃO COMO MECANISMO POLÍTICO DE CONTROLE. PRISÃO E REALIDADE BRASILEIRA

Zaffaroni, com rara felicidade, assevera que o discurso jurídico-penal não se trata de um produto de má-fé ou de simples conveniência, mas que a razão de continuar a ser sustentado a despeito da completa deslegitimação das teorias jurídicas pretensamente justificadoras da pena criminal vincula-se à incapacidade de este discurso ser afastado em favor de algum outro discurso atrelado à *realidade* por conta da necessidade de que direitos de alguns sejam protegidos pela ordem jurídica e pelo sistema social que nela se fundamenta³³⁷.

Assinala, ainda, Zaffaroni que as teorias jurídico-penais deixam de atentar, em afronta à realidade fática, aos processos de seletividade e estigmatização, tornando-se formais e, portanto, vazias. Nessa medida, o poder que se exerce sobre o indivíduo que realiza um injusto culpável é ínfimo quando comparado ao poder de controle social que o sistema penal da sociedade disciplinarizadora exerce sobre qualquer conduta que lhe pareça relevante por meio da internalização de um processo de vigilância de grande parte da população, e é isso que faz demandar o interesse em estudar o poder punitivo não sob o viés do cometimento do crime, mas sob outro viés³³⁸.

E é exatamente o fator de esta reduzida parcela do processo de controle ser tomada e compreendida como a totalidade do poder do sistema que indica a *perversidade* do discurso jurídico-penal de justificação do poder de punir e, em última instância, da instituição prisão.

Dessa maneira, um dos prismas de perversidade do discurso jurídico-penal, para Zaffaroni, consiste justamente “em mostrar o exercício total de poder do sistema penal como esgotado neste ínfimo e eventualíssimo exercício que configura o denominado sistema penal formal”³³⁹.

³³⁷ ZAFFARONI, 1991, *op. cit.*, p. 14.

³³⁸ ZAFFARONI, 1991, *idem*, pp. 22 e 24.

³³⁹ ZAFFARONI, 1991, *idem*, p. 25.

Um discurso deslegitimado, sem vinculação com a realidade e que apresenta óbvias características de perversidade, tal como é o discurso jurídico-penal³⁴⁰, não traz em si sustentabilidade teórica e filosófica válida para justificar, em última análise, a criação e manutenção de um instrumento totalizante igualmente perverso, como é o caso da prisão.

Tome-se, então, a realidade local que permeia e circunda esta investigação.

A prisão não ressocializa, reeduca ou reinsere; não foi bem-sucedida em reduzir índices de delinquência e de violência na sociedade moderna por meio de sua simbologia de coação psicológica sobre a totalidade da população; não conseguiu e não consegue sequer ser instrumento eficaz para elevação da fidelidade da população ao direito na busca de estabilização das expectativas normativas. Vale dizer, nenhuma das linhas teóricas jurídico-penais, quer atreladas ao retribucionismo, quer atreladas à linha preventiva, conseguiu demonstrar a validade do cárcere neste período relativamente recente da história humana em que a instituição prisão foi alçada ao protagonismo dentro dos sistemas penais ocidentais (final do século XVIII).

Sob o ponto de vista *estritamente jurídico*, a conclusão mais plausível seria reconhecer que, enquanto projeto vinculado às funções jurídicas oficiais da pena criminal, a prisão deveria ser reputada como um retumbante *fracasso*.

Essa conclusão, por certo, resta difícil de ser refutada.

Porém, “isso [tal conclusão], todavia, não serviu para destruí-la [a prisão]. Depois de um século e meio, ela se mantém sempre de pé. Alias, é verdadeiramente um fracasso? Ou não seria, antes, um sucesso, e justamente pelas mesmas razões pelas quais a acusam de fracassar? De fato, a prisão é um sucesso”³⁴¹.

Mas de que sucesso está a falar Michel Foucault? Como é possível reconhecer que o projeto da instituição prisão é um “sucesso”? Como é possível, em face do que restou acima exposto sobre as teorias jurídico-penais da dogmática criminal e sua imbricação com a prisão, descartar todas essas considerações e afirmar que este

³⁴⁰ “Afirmar assim que o Direito Penal é simbólico não significa afirmar que ele não produza efeitos e que não cumpra funções reais, mas que as funções latentes predominam sobre as declaradas não obstante a confirmação simbólica (e não empírica) destas. A função simbólica é assim inseparável da instrumental à qual serve de complemento e sua eficácia reside na aptidão para produzir um certo número de representações individuais ou coletivas, valorizantes ou desvalorizantes, com função de engano”. ANDRADE, Vera Regina Pereira de, *op. cit.*, p. 293.

³⁴¹ FOUCAULT, 2012a, *op. cit.*, p. 154.

projeto é bem-sucedido? De que forma a instituição prisão sobreviveu, principalmente, ao grande contingente de discursos críticos extremamente bem construídos que tomou forma na segunda metade do século XX, e, apesar disso, continuou e continua a ser utilizada sem maiores restrições ou objeções pelos modelos repressores estatais do mundo ocidental? Como, apesar de tudo o que dela pôde ser apurado em 200 anos, a instituição prisão ainda mantém sua posição de centralidade no sistema jurídico-penal? Como uma instituição tão censurada como esta conseguiu e consegue resistir por tanto tempo, ultrapassando, inclusive, fases da própria história da humanidade? Por que no Brasil, especialmente, é cíclico o retorno ao discurso do “empoderamento” da prisão de tempos em tempos, como foi possível recentemente perceber com a vigência da Lei de Combate ao Crime Organizado (Lei nº 12.850/13), ou com a discussão de anteprojetos de lei no Parlamento nacional que visam, por exemplo, criminalizar e ameaçar com o instrumento cárcere a participação em manifestações populares de rua?

A compreensão da problemática que se coloca a partir de todas essas questões deve, por certo, valer-se de reflexões que abarquem dois “momentos” de tal problemática: um que aqui será denominado *a priori*, e outro, denominado *a posteriori*. O adequado entendimento desses “momentos” pode, ao lidar com o problema colocado pelas questões acima, permitir que se alcance com mais concretude as razões que conduziram Michel Foucault a concluir que a prisão é, de fato, um *sucesso*³⁴².

O *a priori* refere-se àquilo que Michel Foucault chamou de “processos que encontramos atrás de toda uma série de afirmações bem estranhas à teoria penal do século XVIII”³⁴³: estes *processos*, relacionados a um processo maior de transformação da ilegalidade em delinquência que a burguesia leva a cabo quando, ao se tornar a classe dominante, não mais necessita dos movimentos insurgentes das classes populares (camponesas e proletárias), irão fazer revelar e ao mesmo tempo instruir, em um plano epistemológico absolutamente diverso do jurídico, que o crime não é uma

³⁴² De extrema pertinência o destaque feito por Massimo Pavarini: “Hoje, foram de qualquer filosofia especial-preventiva, os parâmetros que marcavam o insucesso são, ao contrário, interpretados como indicadores úteis da eficiência do sistema penal, no seu conjunto. Os índices de reincidência mostram que o sistema penal ou selecionou eficazmente a própria clientela, desde o princípio, ou que, sobre a base da exposição à recaída no delito, interpretada por grupos sociais, é possível definir, de modo prognóstico, as categorias de risco e, de consequência, diversificar a resposta punitiva”. PAVARINI, Massimo. **Punir os inimigos: criminalidade, exclusão e insegurança**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Aliana Cirino Simon. Curitiba: LedZe, 2012 p. 156.

³⁴³ FOUCAULT, 2009, *op. cit.*, p. 261.

característica da personalidade de todos os homens, mas que é algo quase exclusivo de uma certa classe social. Outrossim, também farão revelar e instruir que quase todos os criminosos e delinquentes saem da “última fileira da ordem social” e que nove entre dez assassinos, ladrões, falsários e fraudadores procedem da camada mais baixa da organização social³⁴⁴. Com efeito, o plano em que se dão tais constatações deve ser necessariamente diverso do jurídico, haja vista que há um óbvio contrassenso com o princípio da igualdade, tão caro aos ideais da Ilustração que ganham concretude neste momento da história.

Assim, atento ao discurso corrente no século XVIII, percebe Foucault, *segundo tal discurso*, que em tais condições seria hipocrisia ou ingenuidade acreditar que a lei penal e o seu sistema fossem feitos para todos em nome de todo mundo, e que, nessa medida, sua incidência se daria predominantemente sobre as classes mais débeis, menos esclarecidas e com menor capacidade de enfrentamento à repressão oficial, e que, portanto, uma categoria social seria encarregada de resguardar a ordem e, assim, sancionar e controlar outra categoria social fadada à desordem e rotulada como responsável pelo seu implemento na vida cotidiana da população³⁴⁵.

No Brasil e na América Latina, de toda forma, aparentemente esse *processo* se deu de uma maneira mais direta: não foi preciso proceder um *revelar* para que a característica acima apontada fosse percebida; desde o momento em que se implementou aqui toda a máquina da colonização, o sistema penal e a prisão sempre tiveram como alvo as classes sociais menos favorecidas, as quais, até hoje, ocupam predominantemente o aparelho carcerário.

A título ilustrativo, confrontando os dados oficiais divulgados pelo Departamento Penitenciário Nacional brasileiro (DEPEN), relativo ao ano de 2012, dos cerca de 548 mil encarcerados do Brasil, somente 0,52% deste total, correspondente a 2.845 pessoas, encontravam-se submetidas à instituição prisão em decorrência da prática de delitos como peculato, concussão e excesso de exação, corrupção ativa, corrupção passiva, fraude à licitação, e violações ao meio ambiente, ao passo que 268 mil pessoas (aproximadamente cem vezes mais) estavam inseridas no cárcere brasileiro

³⁴⁴ FOUCAULT, 2009, *idem, ibidem*.

³⁴⁵ FOUCAULT, 2009, *idem, ibidem*.

em decorrência de cometimento de crimes contra a propriedade no referido ano de 2012³⁴⁶. Na realidade brasileira, diferente de como o *processo* descrito por Michel Foucault se implementou na Europa, nunca houve um *desvendar* sobre os (reais) objetivos do sistema penal e da prisão como instituição: desde sempre o sistema penal e a prisão foram abertamente direcionados às classes sociais mais frágeis, e, mesmo com a democratização brasileira em 1988, não se verificou na mesma medida uma *pluralidade de grupos compondo (“democraticamente”) a população do cárcere brasileiro*³⁴⁷, ou, sob outra perspectiva, nas palavras de Massimo Pavarini, o cárcere, ao menos nesta região periférica do mundo (falamos aqui de América Latina, e de Brasil), não teve jamais uma legitimação democrática³⁴⁸.

Essa perspectiva *a priori*, então, serve para determinar que os fundamentos da instituição prisão (e do poder de punir), assim como com as funções declaradas e oficiais da pena, não encontram respaldo em um discurso jurídico, sobretudo em razão de sua evidente contrariedade com o princípio da igualdade, material ou formal (pouco importa), um dos pilares de qualquer tipo de discurso jurídico liberal-iluminista, como é, por exemplo, o do direito penal ocidental.

Porém, somente essa perspectiva não explica satisfatoriamente porque a prisão é um sucesso. É preciso ter os olhos sobre outra perspectiva igualmente relevante.

Então, o que neste trabalho se denominou *a posteriori* diz respeito não mais aos processos de desvelamento identificados por Foucault. O que se pretende demonstrar aqui, ao invés de algum processo, são os *mecanismos* que, sobretudo no Brasil, têm permitido ao aparelho repressor estatal continuar se valendo da instituição prisão como instrumento principal de punição criminal neste estágio da sociedade

³⁴⁶ Fontes: portal.mj.gov.br/depen e www.congressoemfoco.uol.com.br.

³⁴⁷ Com uma visão aproximada, Zaffaroni afirma: “O panóptico benthamiano poderia ser o modelo de controle social programado ideologicamente como instrumento disciplinador durante a acumulação originária de capital na região central, mas o verdadeiro modelo ideológico para o controle social periférico ou marginal não foi o de Bentham, mas o de Cesare Lombroso. Este modelo ideológico partia da premissa de inferioridade biológica tanto dos delinquentes centrais como da totalidade das populações colonizadas, considerando, de modo análogo, biologicamente inferiores tanto os moradores das instituições de sequestro centrais (cárceres, manicômios), como os habitantes originários das imensas instituições de sequestro coloniais (sociedades incorporadas ao processo de atualização histórica”. ZAFFARONI, 1991, *op. cit.*, p. 77.

³⁴⁸ PAVARINI, 2012, *op. cit.*, p. 152.

contemporânea. E, para os fins desta investigação, três destes mecanismos merecem e exigem uma análise mais detida.

O primeiro desses *mecanismos de sustentação do discurso de utilização da prisão* é, sem dúvida, a influência da mídia na deliberação e tomada de decisões de política penal (que não se confunde com política criminal, esta última pouquíssimas vezes tomada a sério³⁴⁹).

Quando trata dos *aparelhos de propaganda dos sistemas penais latino-americanos* (realidade que certamente pode ser aplicada integralmente ao Brasil, integrante, obviamente, deste contexto latino-americano), Zaffaroni, mais uma vez ele, assinala que os meios de comunicação social de massa, especialmente a televisão, são elementos indispensáveis para o exercício de poder por parte dos aparatos repressivos sustentados a partir do direito penal, e aponta ainda que, sem os meios de comunicação de massa, seria inviável ao aparato repressor induzir os medos no sentido por ele desejado, nem tampouco reproduzir os fatos conflitivos que parecessem interessantes de serem explorados para o reforço (sempre) das políticas penais, tendo, sempre, a prisão como a grande ferramenta oficial que, a pretexto de atender a alguma função jurídica da pena criminal, continuará a servir para a manutenção do controle das classes mais fragilizadas da sociedade por parte da classe dominante política e economicamente³⁵⁰.

Pierre Bourdieu, por seu turno, aponta que os meios de comunicação de massa, mais especificamente a televisão, vão produzir no campo da política efeitos semelhantes aos produzidos em outros campos (em especial, o campo jurídico), pautando os discursos relativos à questão penal e colocando em questão o que ele chama de *direitos da autonomia*. Nesse diapasão, ao comentar como um caso do assassinato de uma infante no sul da França conduziu ao restabelecimento da pena de

³⁴⁹ “Impõe-se, assim, a necessária distinção programática entre *política penal* e *política criminal*, entendendo-se a primeira como uma resposta à questão criminal circunscrita ao âmbito do exercício da função punitiva do Estado (lei penal e sua aplicação, execução da pena e das medidas de segurança), e entendendo-se a segunda, em sentido amplo, como política de transformação social e institucional. Uma política criminal alternativa é a que escolhe decididamente esta segunda estratégia, extraindo todas as consequências da consciência, cada vez mais clara, dos limites do instrumento penal. Entre todos os instrumentos de política criminal o direito penal é, em última análise, o mais inadequado”. BARATTA, 2010, *op. cit.*, p. 201, grifos do autor.

³⁵⁰ ZAFFARONI, 1991, *op. cit.*, p. 128.

prisão perpétua naquele país³⁵¹, Bourdieu assinala que é possível perceber como, por meio da mídia agindo como instrumento de informação mobilizadora, é possível que uma espécie “perversa” de democracia direta pode se instalar no âmbito social e fazer desaparecer o distanciamento seguro do campo político que garante que as decisões desta esfera (onde se trata de vida e liberdade) sejam fruto de reflexão segura, e não produto de uma demanda de urgência decorrente, pela via da mídia, da “pressão das paixões coletivas”³⁵².

Ao classificar os meios de comunicação de massa como “os grandes criadores da ilusão dos sistemas penais” e como mecanismo determinante da manutenção da prisão em pleno século XXI, chama a atenção Zaffaroni para o fato de que este mecanismo opera tanto em plano transnacional como em plano interno. Como a preocupação midiática se foca nas consequências do aumento dos conflitos sociais, e não em suas causas, o discurso que sustenta a atuação dos meios de comunicação de massa e que é introjetado no corpo social invariavelmente se traduzirá na necessidade de aumento de violência estatal, especialmente pela maior utilização da prisão e pela maior presença de aparatos policiais, como forma de conter uma violência crua que vem das ruas. Tomando a distinção feita por Baratta e acima referida, é nítido perceber que o propósito dos meios de comunicação de massa, a partir da realidade brasileira, é fomentar a construção de *políticas penais*, baseadas no aumento da repressão e da violência estatais através de um controle cada vez maior da população, principalmente das classes desprestigiadas política e economicamente. Programas policiais ao fim das tardes, telejornais com ênfase na repercussão de notícias “policiais”, documentários sobre o “crescente aumento da violência das ruas”, escancaram a preferência por esse tipo de discurso em prejuízo da construção de um diálogo sobre o enfrentamento dos problemas sociais sem a utilização do aparato repressor estatal e sobre maneiras de se implementar *políticas criminais*.

³⁵¹ Em processo muito semelhante, por exemplo, com o que aconteceu no Brasil em 1990, com a edição da Lei de Crimes Hediondos (Lei Federal nº 8.072/90), em decorrência do clamor público por conta do assassinato de uma atriz de telenovelas, razão pela qual a comparação das situações é extremamente válida.

³⁵² BOURDIEU. Pierre. **Sobre a Televisão**. Tradução de Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Zahar, 1997, p. 92.

Desencadeiam, dirá Zaffaroni, as campanhas de manutenção da lei e da ordem, em especial quando o poder das agências se encontra ameaçado³⁵³. Tudo, obviamente, relacionado àquilo que Bourdieu denomina “critério do índice de audiência”³⁵⁴, a definir pautas jornalísticas, determinar a condução das falas e escritos jornalísticos, e garantir o “retorno”, seja político, seja econômico. Alguns *fatores* deste movimento são importantes e merecem ser apontadas, tais como o trato maniqueísta da questão da violência (insistindo em veicular as consequências, e não as causas), e a criação de estereótipos de tipo de criminosos que, através de outro processo, vão vir a se tornar *inimigos* sociais.

A despeito de não serem, a nosso sentir, por si só um verdadeiro instrumento de controle social, os meios de comunicação de massa, na medida em que se relacionam com o exercício das relações de poder, acabam por auxiliar também na manutenção do *status quo* e na estabilização dos estamentos sociais, contribuindo ainda, na medida do aumento da desigualdade social, com a elevação da violência contra as classes mais débeis da sociedade, sobretudo da brasileira.

A capacidade reprodutora de violência dos meios de comunicação de massa é enorme: na necessidade de uma criminalidade mais cruel para melhor excitar a indignação moral, basta que a televisão dê exagerada publicidade a vários casos de violência ou crueldade gratuita para que, imediatamente, as demandas de papéis vinculados ao estereótipo assumam conteúdos de maior

³⁵³ ZAFFARONI, 1991, *op. cit.*, p. 129.

³⁵⁴ BOURDIEU, *op. cit.*, p. 106. Frisa ainda Bourdieu o seguinte: “O objeto, aqui, não é o ‘poder dos jornalistas’ – e menos ainda o jornalismo como ‘quarto poder’ –, mas a influência que os *mecanismos* de um campo jornalístico cada vez mais sujeito às exigências do mercado (dos leitores e dos anunciantes) exercem, *em primeiro lugar sobre os jornalistas* (e os intelectuais-jornalistas) e, em seguida, e em parte através deles, sobre os diferentes campos de produção cultural, campo jurídico, campo literário, campo artístico, campo científico. Trata-se então de examinar como a restrição estrutural exercida por esse campo, ele próprio dominado pelas pressões do mercado, modifica mais ou menos profundamente as relações de força no interior dos diferentes campos, afetando o que aí se faz e o que aí se produz e exercendo efeitos muito semelhantes nesses universos fenomenicamente muito diferentes. (...). A influência que o campo jornalístico e, através dele, a lógica do mercado exercem sobre os campos de produção cultural, mesmo os mais autônomos, não tem nada de novidade radical: poder-se-ia compor sem dificuldade, com textos extraídos dos escritores do século passado, um quadro inteiramente realista dos efeitos mais gerais que ela produz no interior desses universos protegidos. Mas é preciso evitar ignorar a especificidade da situação atual que, para além das coincidências resultantes do efeito das homologias, apresenta características relativamente sem precedente: os efeitos que o desenvolvimento da televisão produz no campo jornalístico e, através dele, em todos os outros campos de produção cultural, são incomparavelmente mais importantes, em sua intensidade e amplitude, que aqueles que o surgimento da literatura industrial, com a grande imprensa e o folhetim, provocara, suscitando entre os escritores as reações de indignação ou de revolta das quais saíram, segundo Raymond Willians, as definições modernas de ‘cultura’” (pp. 101-102).

crueledade e, por conseguinte, os que assumem o papel correspondente ao estereótipo ajustem sua conduta a estes papéis. (...). O mero enunciado das principais funções dos meios de comunicação de massa, como aparato de propaganda do sistema penal e sua dedicação quase exclusiva a tal propaganda, revela o alto grau de empenho da civilização industrial e dos albores da civilização tecnocientífica para preservar a ilusão e fabricar a realidade do sistema penal e a função-chave que este sistema cumpre na manutenção do poder planetário desta civilização industrial³⁵⁵.

Portanto, nessa ordem, as informações relatadas pelos meios de comunicação em massa e pela indústria cultural, nesta fase pós-moderna da sociedade, servem em grande medida para ampliar os medos e as angústias sociais que acabam por insuflar o pânico generalizado referente à insegurança pública³⁵⁶. Segue-se, então, algo cíclico em um espiral cada vez mais profundo de cobrança social e entrega de maior repressão e violência oficial: a cada novo delito (ou mesmo ato infracional) de repercussão regional ou nacional, com a influência dos meios de comunicação em massa sobre a opinião pública, a tendência esperada é no sentido de que se eleve a repressão do sistema punitivo e, via de consequência, a prisão torna a ser recolocada em *posição de centralidade* desse mesmo sistema. Francesc Barata, atento a esta circunstância, pondera que nas atuais sociedades de informação, é impossível imaginar qualquer “alarmismo social” sem considerar o papel dos meios de comunicação, uma vez que tais alarmismos alcançam dimensão pública e decisiva sobre os processos de política penal somente em razão da influência das máquinas discursivas midiáticas.

Aqui, possível perceber um “fator de fundo” importante: vários estudos têm indicado que as informações sobre criminalidade acabam por se caracterizar como uma influência significativa quando já se encontra difundida no seio da sociedade uma sensação generalizada de insegurança (que, de outra parte, decorre em grande medida também em razão da *mass media*), tornando mais fácil a receptividade da população a determinadas *mensagens*, especialmente quando estas estão carregadas de conteúdo de elevação do modelo repressor, seja com maior utilização do cárcere, seja com mais incrementação do aparato policial. Destarte, há uma relação visceral entre o aumento da sensação de insegurança a partir da segunda metade do século XX e em um

³⁵⁵ ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 131.

³⁵⁶ BARATTA, Francesc. **Los medios, el crimen y la seguridad pública**. Disponível em <http://www.insyde.org.mx/wp-content/uploads/2013/09/f.%20barata.pdf>. Acessado em 05.10.2013, p. 7.

constante crescente, e a cada vez mais presença de conteúdos de natureza criminal e criminológica nas matérias jornalísticas veiculadas pelos meios de comunicação em massa, em um óbvio paralelismo que denota a importância do papel desempenhado pela *mass media* na construção de políticas penais de combate à violência no Brasil, na América Latina e em todo o mundo ocidental. Portanto, parece bastante óbvia “a importância dos meios de comunicação na formação dos imaginários coletivos da (in)segurança”³⁵⁷.

Com fundamental papel na construção e propagação de “alarmismos sociais” em um país de história democrática relativamente curta como é o caso do Brasil, não se pode fechar os olhos à realidade: os meios de comunicação social local contribuem decisivamente para o *sucesso* da prisão e para a continuidade de seu emprego, apesar de todas as críticas e objeções que se lançam contra esta instituição total. Nas palavras de Thomas Mathiesen, “com sua tendência em focalizar o drama de pessoas concretas, os meios massivos de comunicação têm um importante efeito magnificador das realidades involucradas nestes temas”³⁵⁸.

Acerca da relação papel dos *mass media* no Brasil-manutenção da instituição prisão na posição central de protagonismo no sistema penal brasileiro, como acima já apontado, ao menos dois *fatores* deste movimento parecem importantes e merecem destaque no que tange a esta relação.

O primeiro desses fatores diz respeito à contínua e rigorosamente acrítica associação entre violência, criminalidade e pobreza, formatada pelos órgãos de mídia. Com efeito, no mais das vezes, os meios de comunicação de massa tratam destes três conceitos como se estivessem em *relação de decorrência*: vale dizer, como se a pobreza decorresse da violência, e a violência decorresse da criminalidade, contribuindo de maneira decisiva para a manutenção dos quadros de desigualdade social e de recrudescimento dos aparatos repressores do Estado sobre as classes dominadas. Tudo, aliás, em nome da manutenção do estado de coisas, principalmente no quesito

³⁵⁷ BARATTA, Francesc. **Los medios, el crimen y la seguridad pública**. Disponível em <http://www.insyde.org.mx/wp-content/uploads/2013/09/f.%20barata.pdf>. Acessado em 05.10.2013, p. 8.

³⁵⁸ MATHIESEN, *op. cit.*, p. 52.

desigualdade social, característica que sempre se fez presente na realidade brasileira³⁵⁹.

O segundo diz respeito à fabricação dos estereótipos de “criminalidade” e de “delinquente” pelos meios de comunicação de massa (além de outras vias), bem como à inserção e manipulação desses estereótipos nas sociedades complexas, sobretudo naquelas marcadamente desiguais como a brasileira e, no geral, a latino-americana.

Com precisão Eugenio Raúl Zaffaroni³⁶⁰ observa que sistemas penais como o brasileiro e, em geral, os latino-americanos, reproduzem sua clientela por processos de seletividade criminalizadora que restam orientados justamente por estereótipos construídos e divulgados pelos meios de comunicação social. A formação do estereótipo tem na utilização da prisão um grande instrumental de convencimento da opinião pública. Nesta medida, ainda com Zaffaroni, é importante notar que a “carga estigmática” em absoluto é provocada ou necessita da condenação judicial formal do indivíduo para se manifestar; basta o contato com o sistema penal, ou, mais precisamente, basta qualquer passagem de qualquer integrante das classes marginalizadas pela instituição prisão, para que tal carga se concretize e incida com toda a força. Com a fabricação dos “estereótipos de crime e de criminoso”, o sistema penal atuará seletivamente de acordo com os estereótipos já pré-definidos, os quais foram construídos com a participação decisiva dos meios de comunicação de massa. E é na prisão, então, que todos os estereótipos formados serão encontrados. De outra parte, como uma “via de mão dupla”, o sistema penal, a partir das características comuns dentre os integrantes da população prisional, irá então identificar, no corpo

³⁵⁹ “Em síntese, ‘são os meios de comunicação de massas que desencadeiam as campanhas seletivas com a fabricação de estereótipos de fatos e de crimes’. Obviamente, inclui-se aí o perfil do criminoso, do suspeito etc. Além disso, a professora Lolita Aniyar de Castro explica que ‘esses mecanismos, via dicotomia bom/mal, naturalmente geram o que chamamos, em criminologia, ‘estereótipos’. Melhor definindo, ‘estereótipos são a consolidação de noções de pertencimento e identidade’. Como resultado, ‘a norma é ser branco, bonito, inteligente, cristão e de boa classe social. Os maus seriam os que se desviam dessa norma’. Através da busca, seleção, hierarquização e divulgação das notícias, justamente com as (con)fusões na equivocada associação da criminalidade e violência com a pobreza e as classes populares, além de apresentar a dicotomia maniqueísta entre bom e mal, os órgãos da mídia fabricam/constroem a imagem da criminalidade – através do estereótipo do criminoso – e definem os locais perigosos – favela, guetos e demais bolsões de pobreza”. ANDRADE, Fábio Martins. **Mídia e Poder Judiciário: a influência dos órgãos de mídia no processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 153-154.

³⁶⁰ ZAFFARONI, 1991, *op. cit.*, p. 134.

social, outros que se encaixem aos estereotipados presentes na prisão, a fim de também permitir que sejam alcançados pelo sistema penal³⁶¹.

A intenção desta investigação, como já restou bem claro, não é desenvolver um estudo aprofundado sobre o papel dos meios de comunicação de massa sobre a questão da punição criminal. Os breves comentários aqui lançados indicam apenas superficialmente uma face do problema, sem o menor desejo de tratar o tema com cores definitivas.

Mas estes breves apontamentos são suficientes para demonstrar na perspectiva aqui denominada *a posteriori* como, sobretudo na realidade brasileira e latino-americana, a forma como se implementa o trabalho dos meios de comunicação de massa funciona como verdadeiro *mecanismo* de que se vale o aparelho repressor estatal para continuar utilizando a instituição prisão como instrumento principal de punição criminal, possibilitando o reconhecimento do sucesso desta instituição total, consoante indica Michel Foucault, a despeito de todas as censuras e objeções que tal instituição sofreu ao longo destes últimos 200 anos, desde a sua verdadeira constituição.

Todavia, este é apenas *um* destes mecanismos de sustentação do discurso de utilização da prisão.

O segundo destes mecanismos, muito vinculado, diga-se, ao primeiro (meios de comunicação de massa), pode ser conceituado como o *capital político-eleitoral que o discurso repressor de utilização da prisão angaria junto à opinião pública*.

Foucault, em mais de uma oportunidade, afirmou que o verdadeiro problema de suas investigações relacionava-se ao estudo do poder. Aqui, a aproximação aparece com mais evidência.

O próprio Foucault assinala que os delinquentes têm, entre outras, uma excelente função nesta relação de poder, qual seja, servir como *álibi contínuo* de que se serve a classe politicamente dominante para endurecer o controle da sociedade sob o argumento da constante ameaça por parte da criminalidade. A cada momento de crise social, ou a cada momento em que a estrutura de poder se encontra ameaçada, vislumbra-se um momento de recrudescência do modelo repressor e a renovação do

³⁶¹ ZAFFARONI, 1991, *idem*, p. 130.

apelo a um governo policial, com o aumento, evidentemente, da utilização da instituição prisão para que estes momentos de insegurança sejam controlados. Em outras palavras, para que a ordem pública em defesa da sociedade seja restabelecida; “na realidade, para se pôr um freio sobretudo na ilegalidade popular e operária”³⁶².

A prisão continua a desempenhar, também aqui, papel de absoluta importância para o controle social e sua manutenção, na medida em que, segundo Foucault,

a nova penalidade, de fato, mais do que punir, corrige e cuida. O juiz torna-se um médico e vice-versa. A sociedade de vigilância quer fundar seu direito sobre a ciência; isso torna possível a ‘suavidade’ das penas, ou melhor, dos ‘cuidados’, das ‘correções’, mas estende seu poder de controle, de imposição da ‘norma’. Persegue-se o ‘diferente’. O delinquente não é fora da lei, mas ele se situa desde o começo no próprio centro desses mecanismos nos quais se passa insensivelmente da disciplina à lei, do desvio ao delito, em uma continuidade de instituições que se remetem umas às outras: do orfanato ao reformatório, à penitenciária, da cidade operária ao hospital, à prisão³⁶³.

Essa função dos delinquentes nesta relação de poder é extremamente útil para a sociedade contemporânea de controle. Sem delinquente, não há polícia; sem polícia, não há prisão; e, sem prisão, não é possível pensar em controle formal nos moldes constituídos na contemporaneidade. É sobre esta “lógica” que se desenvolve a mencionada relação de poder. A existência e a presença de aparelhos policiais, que em última análise servem para, por meio dos sistemas de justiça criminal, encaminhar pessoas à instituição prisão, somente pode ser explicada e justificada por conta do “medo do delinquente”³⁶⁴. E, por certo, a classe politicamente dominante se utiliza dessa “lógica” para angariar capital eleitoral que, entre outros fatores, auxiliar-lhe-á a que se mantenha no poder³⁶⁵.

Não se pode esquecer aqui a enorme influência exercida, sobre políticos brasileiros e latino-americanos, de escolas de pensamento defensoras das políticas

³⁶² FOUCAULT, 2012a, *op. cit.*, p. 155.

³⁶³ FOUCAULT, 2012a, *op. cit.*, pp. 155-156.

³⁶⁴ FOUCAULT, 2012a, *op. cit.*, p. 166.

³⁶⁵ “A isso se acrescentava um longo trabalho para impor à percepção que se tinha dos delinquentes contornos bem determinados: apresentá-los como bem próximos, presentes em toda parte e em toda parte temíveis. É a função do noticiário policial que invade parte da imprensa e começa a ter seus próprios jornais. A notícia policial, por sua redundância cotidiana, torna aceitável o conjunto dos controles judiciais e policiais que vigiam a sociedade; conta dia a dia uma espécie de batalha interna contra o inimigo sem rosto; nessa guerra, constitui o boletim cotidiano de alarme ou da vitória”. FOUCAULT, 2009, *op. cit.*, p. 271.

penais de “lei e ordem” como forma de enfrentar a instabilidade social que fatalmente acompanharam o esvaziamento do Estado social a partir de reformas capitaneadas por diretrizes neoliberais, aplicadas especialmente durante as décadas de 1980 e 1990 do século passado. Exemplos de tal influência são as escolas de Chicago (no campo econômico) e de Nova Iorque (no campo das políticas penais). Loïc Wacquant afirma que,

o Manhattan Institute traduz para o espanhol e o português seus relatórios, resumos de programas e os artigos da mídia que apoiam sua visão e os distribui para formadores de opinião em toda a América do Sul. Também leva grupos de funcionários latino-americanos à cidade de Nova York para visitas de campo, sessões de treinamento e doutrinação intensiva sobre as virtudes do Estado mínimo (nos planos social e econômico) e da imposição severa da lei (para os crimes de classe baixa). Esse evangelismo ‘produziu uma geração inteira’ de políticos latino-americanos para os quais o ‘Instituto Manhattan é o equivalente de um Vaticano ideológico’, e sua concepção bifurcada do papel do Estado, sacrossanta: *laissez-faire* e permissiva no topo, hostil e incapacitante na base. Esses políticos são ávidos por aplicar a imposição inflexível da lei e o encarceramento expandido para salvaguardar as ruas e subjugar os tumultos que agitam suas cidades, apesar da corrupção desbragada da polícia, da falência processual de seus tribunais e da brutalidade perversa de cadeias e prisões em seus países natais, as quais asseguram que estratégias de *mano dura* se traduzam rotineiramente em medo crescente do crime, violência e ‘detenção e punição extralegais para pequenos delitos, entre os quais a ocupação de estilo militar e a punição coletiva de bairros inteiros’³⁶⁶.

Evidentemente, há uma articulação entre o discurso dos meios de comunicação de massa, o enfrentamento político da questão e o sistema penal. Esta articulação não permite (talvez propositadamente) que se debate e se implemente uma autêntica e série política criminal, na estrita conceituação fornecida por Alessandro Baratta. Dessa maneira, sem um debate sério, e precisando angariar capital político-eleitoral para se manter no poder, o detentor de mandato representativo quase sempre construirá seu discurso no sentido de ocultar as causas que verdadeiramente influenciam a questão da criminalidade, pautará sua atuação de modo a fazer com que, cada vez mais, o Estado penal se instale em lugar do antigo Estado social, e, atendendo ao senso comum, conduzirá sua atuação (quase) sempre de modo a garantir maior repressão penal, principalmente com a maior utilização do instituto prisão e com restrições às garantias

³⁶⁶ WACQUANT, Loïc. **As Prisões da Miséria**. 2ª ed. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, pp. 172-173.

processuais asseguradas pela Constituição. Com essa forma de atuar, no cenário brasileiro atual, tenderá a manter intacto seu capital político-eleitoral ou, quiçá, aumentá-lo. E, de tal postura, em decorrência denota-se o surgimento de alguns resultados importantes para a questão, tais como: “a repressão direcionada aos alvos principais do sistema penal (os pobres), o crescente remendo na legislação para atender ao ‘clamor’ criado pela mídia, inflação legislativa, confusão e desproporção na aplicação das penas”³⁶⁷.

Fabio Martins de Andrade, em obra específica sobre o tema, com rara felicidade descreve como, no Brasil³⁶⁸, esse processo envolvendo meios de comunicação de massa, operadores políticos e sociedade, acaba por fazer gerar, à guisa de um debate sério, normas jurídicas representativas do mais puro Direito Penal Simbólico que, de forma alguma, são aptas a enfrentar toda a gama de problemas que decorrem do verdadeiro *drama* desta região marginal do mundo, e que vem impactar de modo cotidiano e frequente a própria vida humana nestes tempos de pós-modernidade: a flagrante desigualdade social³⁶⁹ agravada pelo desenfreado impulso ao consumo e pelos inúmeros sistemas de proteção da propriedade privada. Em suas palavras,

entre estes afinados discursos (mídia, política e sistema penal), e alvo simultâneo dos mesmos, está a opinião pública (eleitores), passível de manipulação pela própria impossibilidade de definir uma agenda, encargo monopolizado pela mídia. Em resumo: a mídia divulga notícias a respeito de certos tipos de crimes e criminosos. A massa consome facilmente este tipo de produto, em razão da ignorância e da linguagem simples, com a qual se identifica. A opinião pública choca-se com a ocorrência de certos eventos

³⁶⁷ ANDRADE, Fábio Martins, *op. cit.*, pp. 192-193.

³⁶⁸ Eugenio Raúl Zaffaroni, de outra parte, revela-nos que este processo não é exclusividade brasileira ou latino-americana: “O discurso penal republicano [nos Estados Unidos da América] desde 1980 é simplista: os políticos prometem mais penas para prover mais segurança; afirma-se que os delinquentes não merecem garantias; aprimora-se uma guerra à criminalidade que, está subentendido, também é suja, porque os delinquentes não são *cavalheiros*; afirma-se que os delinquentes violam os direitos humanos; alguns governadores tentam reeleger-se rodeados das fotografias dos executados de quem não comutaram a pena de morte; um bem sucedido candidato a presidente encerrou sua campanha mostrando a identidade de um policial morto e prometendo vingança; um prefeito, desempenhando suas funções em tempo de plano emprego, investiu grandes somas na melhoria do serviço de segurança, depurou boa parte da corrupção policial, mas pretende explicar seu êxito pela adoção da política de *tolerância zero* e explica idiotices a executivos latino-americanos que lhe pagam cifras astronômicas para ouvir incoerências publicitárias”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. 2ª ed. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, pp. 64-65.

³⁶⁹ “Nas sociedades mais desfavorecidas pela globalização, como as latino-americanas, a *exclusão social* constitui o principal problema, pois não costuma ser controlada pela repressão direta, mas sim neutralizada, o que aprofunda as contradições internas”. ZAFFARONI, 2007, *idem*, p. 72.

violentos particularmente selecionados e divulgados. Mais uma vez, a mídia (como mediadora da sociedade) cobra uma postura vigorosa dos políticos, em razão do impacto causado na opinião pública. Os políticos respondem prontamente a esta reivindicação da mídia (a qual agrega-se o clamor da opinião pública por ela manipulada). No centro deste processo triangular de pseudocomunicação, e fruto de suas relações, criam-se inúmeras leis repressivas ineficazes (inflação legislativa em prol de um direito penal emergencial e simbólico)³⁷⁰.

Arrola-se ainda entre os mecanismos de sustentação do discurso de utilização da prisão, em terceiro lugar, e em decorrência dos dois primeiros, a construção do discurso da existência de um *inimigo no direito penal*. A construção deste discurso tem, como primeira etapa, a necessidade do reconhecimento da conexão entre os objetivos do sistema penal e as práticas políticas de determinada comunidade ou estado.

Com efeito, o fator *político* neste mecanismo também se revela de fundamental relevância para uma mais adequada compreensão do “sucesso” da prisão, e de sua perpetuação a despeito de todas as objeções possíveis já lançadas.

Com o enfraquecimento dos referenciais da era moderna de racionalidade positivista a partir da segunda metade do século XX, quando a sociedade moderna começa a assumir a característica de *fluidez* (conforme constata Zygmunt Baumann), houve a redução dos espaços de deliberação política sobretudo em matéria de conflitos (internos e externos), com o aumento do uso de instrumentos de controle e violência para a resolução desses conflitos.

Tomando mais especificamente a questão penal e o enfrentamento do problema da criminalidade, percebe-se tendência semelhante, no sentido de, como já mencionado alhures, enfrentar a violência com a elevação da violência oficial.

No âmbito interno dos países, a redução dos espaços de debate político, a ausência de um debate sério (em quase todos os lugares do mundo ocidental) sobre as causas, e não sobre as consequências, da não redução da criminalidade (não raro, o seu aumento exponencial), o decisivo papel dos meios de comunicação social na elaboração e propagação dos estereótipos de crime e criminoso, a exigência quase natural de um discurso de recrudescimento do papel repressor do Estado para manter o capital eleitoral dos agentes políticos eleitos por sufrágio nas democracias representativas, além de outros fatores, estão conduzindo hoje as sociedades

³⁷⁰ ANDRADE, Fábio Martins, *op. cit.*, p. 205.

ocidentais à procura daquilo que Carl Schmitt³⁷¹ chamou de “diferenciação entre amigo e inimigo”, senão como definição exaustiva, como um critério que, sem dúvida, pautará as decisões políticas em matéria penal, desde sua criminalização primária, até a continuidade do uso de instituições totais (em especial a prisão) como resposta à infração penal.

Schmitt justifica a proposição de uma diferenciação de *amigo* e *inimigo* no campo político para possibilitar mensurar o “grau de intensidade” de uma associação ou desassociação de um determinado indivíduo com as bases fundantes da nação que ele integra, ou seja, sua vinculação ou não com o projeto político daquela nação. Com isso, para Schmitt, o *inimigo político*, a ser considerado em seu sentido concreto e existência e não em um sentido simbólico-metafórico, não precisa ser reconhecido como moralmente mau, esteticamente feio ou economicamente desinteressante; sua definição passa pelo entendimento de que o inimigo político “é precisamente o outro, o desconhecido, e, para sua essência, basta que ele seja, (...), existencialmente algo diferente e desconhecido, de modo que, em caso extremo, sejam possíveis conflitos com ele”³⁷². Convive-se com o divergente (*inimicus*); neutraliza-se e aniquila-se o inimigo político (*hostis*): instaura-se então a guerra, derivada do antagonismo amigo-inimigo em seu extremo, fundado no reconhecimento da negação ôntica do outro³⁷³.

A essência do tratamento diferenciado que se atribui ao *inimigo* consiste em que o direito *lhe nega sua condição de pessoa*. Ele só é considerado sob o aspecto de *ente perigoso ou daninho*. Por mais que a ideia seja matizada, quando se propõe estabelecer a distinção entre *cidadãos* (pessoas) e *inimigos* (não-pessoas), faz-se referência a seres humanos que são privados de certos direitos individuais, motivo pelo qual deixaram de ser considerados pessoas, e esta é a primeira incompatibilidade de que a aceitação do *hostis*, no direito, apresenta com relação ao princípio do Estado de direito³⁷⁴.

Interessante um recorte aqui, para uma rápida e singela abordagem sobre o “Direito Penal do Inimigo” de que trata, em específico, Günther Jakobs. Em linhas básicas, o “Direito Penal do Inimigo caracteriza-se por visar, de forma legítima dentro de

³⁷¹ SCHMITT, Carl. **O conceito do político. Teoria do *partisan***. Coordenação de Luiz Moreira. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 27-28.

³⁷² SCHMITT, *op. cit.*, p. 28.

³⁷³ Ganha forte sentido aqui a célebre frase de Michel Foucault, em contraste àquela outra, do general prussiano Carl von Clausewitz: “A política é a continuação da guerra por outros meios”.

³⁷⁴ ZAFFARONI, 2007, *idem*, p. 18.

um Estado Democrático de Direito”, a eliminação de um perigo, consubstanciado na figura daquele tipo específico ou categoria social reputados como *inimigos*³⁷⁵. Podem ser catalogadas como principais características da teoria do Direito Penal do Inimigo, dentre outras, as seguintes: aumento da gravidade das penas além da proporcionalidade; redução das garantias de ampla defesa; e criminalização de condutas ainda que estas não exponham a perigo quaisquer bens jurídicos, mesmo antes inclusive de serem colocadas em prática (quando o sujeito que em tese as praticará é de antemão classificado como *perigoso*, podendo ser identificadas neste rol pessoas vinculadas a organizações criminosas, narcotraficantes, multireincidentes, etc., ou seja, as “não pessoas”, para quem se dirigirá o Direito Penal do Inimigo, em defesa do corpo social e das “pessoas” – não inimigos).

Consoante destaca Francisco Muñoz Conde, a novidade desse tipo de direito penal de exceção a que se refere Jakobs, é que, diferentemente de teorias semelhantes que se estabeleciam em tempos de graves crises econômicas em países ou regiões sob comando de regimes totalitários, o “Direito Penal do inimigo” tem adquirido relevância e aplicação também (e até com maior espaço) nos chamados Estados Democráticos de Direito, fazendo derrogar princípios fundamentais do direito penal liberal clássico e colocando à margem garantias fundamentais reconhecidas nas Constituições e nas Declarações internacionais de direitos humanos³⁷⁶. Chama a atenção Muñoz Conde para a circunstância de que um grupo específico de delitos tem elevado a preocupação das autoridades estatais relacionadas à segurança “pública” ao redor do mundo, não somente por sua gravidade intrínseca, mas também porque em

³⁷⁵ Confira-se JAKOBS; MELIÁ, *op. cit.*, pp. 63-64: “E, se respondermos afirmativamente: até que ponto? Antes de qualquer tentativa de resposta, é preciso esclarecer duas questões. Em primeiro lugar, o Estado não tem porque colocar em jogo, de forma negligente, a sua configuração. Quando se fala em Direito Penal do inimigo, isto não significa ‘Lei do menor esforço’, ‘penas por meros indícios ou suspeitas’, ou, inclusive, ‘esquartejamento público para intimidação’, ou coisas similares (ainda que isso, obviamente, não resolva o problema de como fazer a delimitação). Em segundo lugar, a inferência de uma resposta à questão da legitimidade do conceito abstrato de Estado de Direito carece de valor. A constatação de que um Estado que não reconhece a custódia de segurança, que castiga a fundação de uma associação terrorista, exclusivamente, enquanto delito contra a ordem pública, que são alheios à incomunicabilidade, às numerosas escutas, aos agentes secretos e a muitos outros instrumentos, aproxima-se mais ao ideal de um Estado de direito do que um que permita tais instituições e medidas, não passa de uma constatação que se pode fazer em abstrato; em concreto é possível que a renúncia a estas instituições anule o conteúdo do direito do cidadão à segurança, e esse direito à segurança é outra denominação do direito do estado de vigência real do Direito”.

³⁷⁶ MUNÓZ CONDE, Francisco. **De nuevo sobre el “derecho penal del enemigo”**. Disponível em <http://www.derechopenalnlared.com/munozconde>. Acessado em 22.08.2013, p. 2.

regra são perpetrados por pessoas não integradas ao sistema de valores e padrões de conduta vigentes nas sociedades contemporâneas. Cita o professor de Sevilla, textualmente, o tráfico de drogas, o terrorismo e a criminalidade organizada, como fatores que estão legitimando o cada vez maior espaço de um Direito penal do inimigo nas sociedades democráticas³⁷⁷.

Aqui, contudo, mais do que discutir os marcos mais importantes da teoria do “Direito Penal do Inimigo”, o que interessa aqui é retomar e avaliar a construção do discurso de um *Inimigo no Direito Penal*. Essa construção passa, antes de mais nada, pela premissa de que ao inimigo, tanto o da guerra como o do direito penal, deve ser *negada* sua condição de *pessoa*, retirando-se a obrigação ética e jurídica de assegurar a este inimigo a utilização das garantias fundamentais de defesa previstas nas Constituições dos países democráticos.

A par da busca de uma natureza *ôntica* do conceito de inimigo, é a definição *política* do inimigo que, na sociedade contemporânea, permite aos Estados definir quem são os *inimigos no direito penal*, como o sistema penal pode neutralizá-los e quais são as medidas de contenção (prescindindo-se da condenação formal, mas em absoluto se prescindindo da instituição prisão) necessárias para garantir a ordem pública e o bem-estar social.

Por mais que relativizemos a ideia, quando distinguimos entre *cidadãos* (pessoas) e *inimigos* (não pessoas), estamos nos referindo a seres humanos que são privados de certos direitos fundamentais em razão de não serem mais considerados pessoas. *Esta distinção não é uma invenção gratuita de Jakobs nem de nenhum outro doutrinador moderno, mas sim uma consequência necessária da admissão das medidas de segurança*. Embora tenha recebido as mais fortes críticas por afirmar, partindo do normativismo, que o inimigo não deve ser considerado *pessoa*, em bom rigor esta proposta de contenção é coerente com todo o direito penal do século XX, que, como vimos, foi teorizado com base na admissão de que alguns seres humanos são *perigosos* e que só por isso devem ser segregados ou eliminados. Sem afirmá-lo explicitamente, eles foram *coisificados*, deixaram de ser considerados *pessoas*, e isso foi ocultado, quase sempre, mediante racionalizações. Neste sentido, a proposta de Jakobs não deve causar tanto escândalo, mas sim toda a tradição doutrinária penal que legitima a exclusão dos *estranhos* da pena e sua eliminação ou neutralização por serem *perigosos*.³⁷⁸

³⁷⁷ MUNÕZ CONDE, *idem*, p. 8.

³⁷⁸ ZAFFARONI, 2007, *op. cit.*, p. 162, grifos do autor.

Partindo de uma “evolução” do conceito e do tratamento dispensado ao *inimigo*, desde Schmitt e chegando, agora, à construção teórica de Günter Jakobs³⁷⁹, denota-se que a ampliação do conceito de *inimigo*, de modo a abarcar em seu âmbito, para além do *hostis* de concepção romana, todo o tipo de indivíduo que (a) se coloque em posição contrária à ordem interna por meio de manifestações de rua capitaneadas por movimentos sociais, que (b) seja reconhecido como *perigoso* e *nocivo* em escala mundial³⁸⁰, ou que (c) esteja colocado fora da perspectiva de participação no mundo do consumo, representa um grave risco para os Estados de direito, sobretudo diante da realidade percebida no Brasil e na América Latina em geral.

Ao trazer para dentro da concepção de Estado de direito um conceito que, em sua raiz ontológica, só poderia ter lugar, coerentemente, a partir da concepção de Estado absoluto ou totalitário, a ideia de “Direito Penal do Inimigo” de Günther Jakobs acaba por conduzir à própria *anulação* do Estado de direito como protetor dos direitos fundamentais dos cidadãos. Com efeito, consoante assinala Eugenio Raúl Zaffaroni, restando anulado o próprio princípio do Estado de direito, e sendo então possível àqueles que exercem as relações de poder definir quem é o inimigo interno do Estado ou da nação mediante uma decisão claramente *política* (em óbvia contrariedade aos fundamentos do direito penal liberal), tem-se que esta razão instrumental, em seu extremo, conduz à própria negação do Estado de direito³⁸¹.

³⁷⁹ “Em síntese, não é correto afirmar que a tática de contenção de Jakobs se nutre das ideias de Schmitt. Não obstante, cabe observar que, ao pretender a compatibilidade do conceito de *hostis* com o Estado de direito, ele incorre na contradição da teoria política que, muitos anos antes, Schmitt havia assinalado em Hobbes. Deve-se atribuir a Schmitt sua opção reacionária pelo Estado absolute, enquanto Jakobs deve ser criticado pela introdução de elementos próprios do Estado absolute no interior do Estado de direito, sem se dar conta de que isso o implode. Schmitt é coerente em sua opção decisionista pelo Estado absolute, enquanto que Jakobs não o é, ao manter sua opção pelo Estado constitucional de direito”. ZAFFARONI, 2007, *idem*, p. 160.

³⁸⁰ Vale colacionar alguns exemplos dados pela doutrina: “terroristas”, traficantes de drogas, imigrantes ilegais etc.

³⁸¹ ZAFFARONI, 2007, *op. cit.*, p. 164. Segue Zaffaroni: “Os Estados de direito não são nada além da contenção dos Estados de polícia, penosamente conseguida como resultado da experiência acumulada ao longo das lutas contra o poder absoluto. Os Estados de direito parlamentares surgiram como resultado das lutas contra o poder absoluto do soberano até chegar a monarquias parlamentares; algumas suprimiram a figura do monarca e passaram a ser repúblicas parlamentares. Nos sistemas presidencialistas a transferência do poder ao Parlamento não se consuma: um presidente substitui o monarca e conserva, em boa medida, suas funções, ainda que limitadas pela Constituição e controladas pelo Legislativo. Porém, estas couraças (ou *corsés*) de contenção que foram sendo construídas através dos tempos *não eliminaram o Estado de polícia, apenas o encapsularam*. No interior de todo Estado de direito histórico, quem detém o Poder Executivo ou suas agências tenta livrar-se, com demasiada frequência, de todos os controles e limitações e, dependendo do vigor da contenção, é, em maior ou

E é na condição de *instrumento político de controle social* que a instituição prisão se inscreve e se representa dentro da sociedade contemporânea.

Aqui, cumpre registrar o acerto (brilhante) dos teóricos agnósticos da pena criminal, ao sustentar que o fundamento da sanção criminal por meio do cárcere é, em última instância, *político*, e não jurídico, funcionando como verdadeiro *instrumento político* do exercício do poder punitivo.

Como já apontado em momento anterior deste trabalho, reconhecendo-se a utilização do cárcere em análise material tem fundamento *político*, e não jurídico, e em face da constatação empírica de que, em uma sociedade disciplinar regida pelo fim último de normalizar os sujeitos e os saberes, além de um recrudescimento do punitivismo, possível também pensar a construção de um conceito *político-ôntico de inimigo*, o qual permitirá o uso do direito penal e, via de consequência, da instituição prisão para o desenvolvimento da função de *controle social*. A prisão, como instrumento que se presta a fins de ordem política, serve finalmente para este objetivo: permitir o controle social de classes sociais dominadas ou não detentoras do exercício das relações de poder político e econômico³⁸².

A combinação da concepção da prisão como instrumento político de controle social com as diretrizes autoritárias do discurso do inimigo do direito penal permitem constatações preocupantes sobre a real utilização desta instituição.

Zaffaroni, por exemplo, ao se referir à utilização da instituição prisão de acordo com as balizas do autoritarismo *cool* praticado na América Latina, enfatiza que em relação ao aprisionamento, boa parte do total de encarcerados hoje na América Latina está nesta condição sem decisão definitiva contra si; ou seja, estão submetidos a

menor medida, bem sucedido. (...). A função do direito penal de todo Estado de direito (da doutrina penal como programadora de um exercício racional do poder jurídico) deve ser a *redução e a contenção do poder punitivo dentro dos limites menos irracionais possíveis*. Se o direito penal não consegue que o poder jurídico assuma esta função, lamentavelmente terá fracassado e com ele o Estado de direito perecerá” (pp. 169-172, grifos do autor).

³⁸² “O segundo pressuposto da perspectiva negativa é o de que a sanção criminal, nos Estados democráticos de direito, exerce eminentemente uma função de controle social. Como instrumento da política, exercido nas e pelas agências punitivas, o sentido inerente à pena é o de presentificação do Estado, isto é, o de demonstração da existência de um poder político constituído com capacidade de concretização por meio de ingerências violentas na sociedade civil. Não por outra razão, sobretudo na filosofia política, o Estado moderno será caracterizado pela detenção do monopólio do exercício legítimo da coação (Weber). A coação, que se constitui fundamentalmente como ato de violência, encontra na pena o mecanismo ótimo de controle dos violadores da ordem social interna. No âmbito das relações internacionais, a coação aos dissidentes é efetivada por meio da guerra”. CARVALHO, *op. cit.*, p. 148.

controle e contenção em razão da existência, em seu desfavor, de relação processual que ainda não produziu decisão condenatória com trânsito em julgado.

A princípio, tal situação poderia indicar verdadeira inversão de ordem em qualquer análise sistêmica. Todavia, e justamente porque a prisão não encerra em si nenhuma função ou justificativa *jurídica* para sua existência, sendo como já ressaltado um instrumento político para o controle social das classes política e economicamente débeis de uma determinada comunidade, é possível perceber e concluir que não há qualquer inversão de ordem: sendo necessários a contenção e o controle, lança-se mão da *prisão sem pena* ou *prisão provisória* para a constrição de tipos estereotipados que, de acordo com o discurso do poder punitivo (especialmente o do latino-americano), revestem-se de periculosidade³⁸³. Presumindo-se *perigosas* determinadas categorias de seres humanos, e catalogados estes já em um *índice*³⁸⁴ de controle político dos oficialmente reputados *inimigos sociais*, a prisão (com ou sem sanção criminal formalmente aplicada), como instituição totalizante de contenção e disciplina, continua sendo importante instrumental de implementação do referido plano de controle político-social.

Um olhar sobre a realidade carcerária brasileira torna mais palpável e próximo o problema apresentado por Eugenio Raúl Zaffaroni.

Com efeito, e valendo-se uma vez mais dos resultados oficiais divulgados pelo DEPEN, em um universo já astronômico de 548.003 (quinhentos e quarenta e oito mil e três) encarcerados(as), cerca de 38%, ou algo em torno de 208.000 (duzentos e oito mil), estão sob controle prisional na condição de *presos provisórios*, quer dizer, ali estão sem condenação definitiva em regra encarcerados sob o argumento de preservação da ordem pública para defesa do corpo social³⁸⁵. Outrossim, com base nestes dados,

³⁸³ ZAFFARONI, 2007, *op. cit.*, p. 70.

³⁸⁴ A expressão é de Loïc Wacquant em “As Prisões da Miséria”, p. 121. Sobre a questão dos imigrantes em solo europeu, cita também o seguinte: “(...) o estrangeiro (não europeu) se transforma no ‘inimigo cômodo’ – *suitable enemy*, segundo a expressão do criminologista norueguês Nils Christie –, ao mesmo tempo símbolo e alvo de todas as angústias sociais, como o são os afro-americanos pobres das metrópoles em sua sociedade. A prisão e o estigma deixados por ela participam assim ativamente da fabricação de uma categoria europeia de ‘sub-brancos’ talhada sob medida para justificar um deslizamento repressivo na gestão da miséria, que, por efeito de irradiação, tende a se aplicar ao conjunto das camadas populares minadas pelo desemprego de massa e pelo emprego flexível, seja qual for sua nacionalidade”.

³⁸⁵ Vide, uma vez mais, os endereços eletrônicos portal.mj.gov.br/depen e www.congressoemfoco.uol.com.br.

possível ainda estimar que aproximadamente 3/4 (três quartos) dos presos provisórios hoje no Brasil ostentam tal condição em razão de formal acusação contra eles dirigida pela prática de delitos contra a propriedade privada ou de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes³⁸⁶. O primeiro tipo consubstancia aquele perfil de *inimigo* fora da perspectiva de participação no mundo do consumo; o segundo tipo, o *inimigo* tomado como perigoso e nocivo em escala mundial. Para a realidade brasileira, falta figurar nesta estatística (ainda) aquele tipo de ser humano envolvido com qualquer espécie de manifestação social em espaço público que cause ou possa causar dano ao patrimônio público e privado; mas, como este é ainda um fenômeno recente, talvez em alguns anos tal número possa ser estatisticamente reconhecido.

O *processo de desvelamento* dos reais objetivos do sistema penal por meio da instituição prisão e os *mecanismos* que, decisivamente, auxiliam e permitem a manutenção do uso do cárcere mesmo em face do seu evidente *fiasco* perante seus propósitos mais destacados e declarados, possibilitam compreender como, ao contrário de tudo o que poderia indicar, a instituição prisão se mantém desde o fim do século XVIII até esta fase *pós-moderna* da humanidade. Para além: a elevação de dispositivos legislativos que lhe fazem referência expressa e o expressivo aumento das taxas de encarceramento em todo o mundo ocidental desde meados da década de 1980 do século passado (Brasil, México, Chile, Estados Unidos, França, Alemanha, Inglaterra, dentre outros), permite construir uma inferência dedutiva no sentido de que há mesmo uma tendência, nas sociedades contemporâneas democráticas do século XXI, em adotar e seguir as teses do Direito Penal do inimigo, com o consequente recrudescimento na utilização da instituição prisão.

³⁸⁶ “Nos casos de delitos graves, a prisão preventiva é seguida por reclusões perpétuas ou penas absurdamente prolongadas, que em muitos casos superam a possibilidade de vida das pessoas; os *indesejáveis* continuam sendo eliminados por meio de medidas administrativas, penas desproporcionais (para reincidentes) e internação em cárceres marcados por altíssimos índices de violência, de mortalidade hétero e auto-agressiva e de morbidade, ou seja, alta probabilidade de eliminação física, paralelamente às execuções policiais e para policiais sem processo. Na maioria das vezes, porém, não se configura um sistema penal subterrâneo, devido ao fato de que essas execuções não são sistemáticas, embora, em certos casos, a frequência dessas ações leve à suspeita do perigoso reaparecimento da lógica da segurança nacional dos anos setenta do século passado. De qualquer forma, cabe observar que os *indesejáveis* não sofrem pena formal, porque geralmente a cumprem na prisão cautelar”. ZAFFARONI, 2007, *op. cit.*, p. 70.

A elevação do uso da instituição prisão está, por certo, vinculada à execução de uma política penal que não tem por escopo último a redução dos índices de criminalidade, mas antes possibilitar que o controle sociopolítico continue a ser exercido, mantendo-se, desta forma, o *status quo* garantidor da permanência das relações de poder tal como se encontram.

Entretanto, novas perguntas se colocam: o que este “sucesso” da prisão produz em termos de relações sociais? Qual a conclusão a respeito do produto final da insistente utilização da prisão, ainda que como instrumento político de controle social? A despeito de tudo o que restou demonstrado, por que ainda temos cárceres? É possível verificar uma “nova etapa no uso do cárcere” na história da humanidade³⁸⁷? Em conclusão, então, é possível imaginar uma sociedade sem prisões³⁸⁸?

3.7 A INSTITUIÇÃO PRISÃO NO SÉCULO XXI REFLETIDA A PARTIR DE NOSSA REALIDADE LOCAL (BRASIL E AMÉRICA LATINA)

É de Zygmunt Bauman a constatação de que “a prisão é a forma última e mais radical de confinamento espacial”³⁸⁹.

Confinar, ou, na linguagem do sistema penal, *encarcerar* a partir de um plano político de contenção social mediante a escolha de seres humanos e categorias sociais previamente estigmatizadas, é a ação que, em defesa da sociedade, visa garantir a livre circulação daqueles reconhecidos como *cidadãos*³⁹⁰, *pessoas*³⁹¹, *turistas*³⁹². Se há um produto final da instituição prisão, talvez seja justamente este: permitir que estes *cidadãos/pessoas/turistas* vivam a vida sob a égide de um Estado Democrático de direito fulcrado em bases liberais, ainda que ao custo da *neutralização* de outros que, alvos de uma política penal perversa, fatalmente não terão a mesma sorte. Katie

³⁸⁷ MATHIESEN, *op. cit.*, p. 47.

³⁸⁸ FOUCAULT, 2012a, *op. cit.*, p. 65.

³⁸⁹ BAUMAN, *op. cit.*, p. 114.

³⁹⁰ WACQUANT, 2011, *op. cit.*, p. 120.

³⁹¹ ZAFFARONI, 2007, *op. cit.*, p. 21 e ss.

³⁹² BAUMAN, *op. cit.*, p. 85 e ss.

Argüello não deixa de assinalar, com precisão, que na atualidade “a crise da tradicional ideologia legitimante do cárcere coincide com um período de retração do Estado social”³⁹³, com a elevação do Estado penal ou penitenciário, na terminologia de Loïc Wacquant, e que o resultado desta mudança é a cada vez maior presença de um *Estado Penal*, que tenderá a reger os conflitos sociais predominantemente pela *normalização penal*.

Seria válido, nessa perspectiva, questionar, juntamente com Thomas Mathiesen³⁹⁴, se estamos ingressando, agora em fins do século XX e início do século XXI, em uma nova etapa no uso do cárcere.

Para colocar sob questão esta hipótese, Mathiesen destaca que o desenvolvimento anterior das instituições penais ocidentais e o crescimento destas podem ser determinados em dois momentos históricos muito específicos, e já referidos neste trabalho.

O primeiro desses momentos dá-se durante o século XVII, quando, em substituição aos castigos corporais, ganham forma as casas de correção ou instituições de trabalhos forçados, que visavam, em pleno período mercantilista, usar a mão de obra excedente advinda dos campos feudais que entravam em crise à época. Nesse momento, o encarceramento de mendigos e desempregados para que estes adquirissem o “saudável hábito” de desenvolver um trabalho lucrativo era uma das razões do fortalecimento das casas de correção e, também, acabou por se constituir com um fator importante para a grande demanda carcerária que se estabeleceu no

³⁹³ ARGÜELLO, *op. cit.*, p. 135.

³⁹⁴ “Além de reabilitação, Thomas Mathiesen examina escrupulosamente no seu livro *Prision on Trial* outras afirmações amplamente utilizadas para justificar o uso da prisão como método de resolver problemas agudos e nocivos: as teorias do papel preventivo das prisões (tanto no sentido universal como individual), de incapacitação e dissuasão, de simples retribuição; apenas para achá-las todas, sem exceção, logicamente falhas e empiricamente insustentáveis. Nenhuma evidência de espécie alguma foi encontrada até agora para apoiar e muito menos provar as suposições de que as prisões desempenham os papéis a elas atribuídos em teoria e de que alcançam qualquer sucesso se tentam desempenhá-los – enquanto a justiça das medidas mais específicas que essas teorias propõem ou implicam não passa nos testes mais simples de adequação e profundidade ética. (Por exemplo, ‘qual é a base moral para punir alguém, talvez severamente, para impedir que pessoas inteiramente diferentes comentem atos semelhantes?’ A questão é tanto mais preocupante do ponto de vista ético pelo fato de que ‘aqueles que punimos são em larga medida pessoas pobres e extremamente estigmatizadas que precisam mais de assistência do que punição)’”. BAUMAN, *op. cit.*, pp. 121-122.

período³⁹⁵. Implantar uma “cultura do trabalho” entre ociosos, desocupados e desempregados – as instituições de trabalhos forçados visavam cumprir este papel.

Já o segundo desses momentos dá-se no final do século XVIII e início do século XIX, em decorrência da grave crise industrial verificada no período. Conforme Rusche e Kirchheimer, “mais e mais as massas empobrecidas eram conduzidas ao crime. Delitos contra a propriedade começaram a crescer consideravelmente em fins do século XVIII, e as coisas pioraram durante as primeiras décadas do século XIX”³⁹⁶. A oferta por trabalho diminuía, ao passo que o contingente de trabalhadores aumentava exponencialmente; logo, era necessário impor novos limites para os delinquentes empobrecidos da nova classe operária. Já não se trata de impor uma “cultura de trabalho”, de estimular, pela imposição de trabalhos forçados, a implementação deste modo de vida. Trata-se agora de disciplinar estes novos grupos (“*los descarriados de la classe obrera em formación*”³⁹⁷), estabelecer a normalização destes novos grupos, tornar os encarcerados *seres dóceis e úteis*, que atendam as exigências de um novo modo de vida que se infiltrava (o capitalista).

No primeiro momento, a imposição de uma “cultura do trabalho”. No segundo momento, a imposição da disciplina a tornar os indivíduos seres dóceis e úteis.

En suma, la primera etapa del desarrollo institucional tuvo como antecedente, en cuanto a sus motivaciones, disciplinar estos nuevos grupos altamente perturbadores. La segunda etapa del desarrollo se produjo hacia fines del siglo XVIII y comienzos del XIX. Nuevamente, el fenómeno alcanzó dimensiones europeas. Esta fue la época de la diferenciación de los delincuentes, y su confinamiento en verdaderas cárceles en el sentido moderno. Fue el tiempo en el cual la ‘solución’ institucional realmente suplantó el castigo físico³⁹⁸.

Portanto, o atual momento histórico estaria a indicar o ingresso da instituição prisão em uma *terceira etapa* de “desenvolvimento institucional”? Poderia ser

³⁹⁵ MATHIESEN, *op. cit.*, p. 49.

³⁹⁶ RUSCHE; KIRCHHEIMER, *op. cit.*, p. 137.

³⁹⁷ MATHIESEN, *op. cit.*, p. 50.

³⁹⁸ MATHIESEN, *idem*, p. 49-50: Tradução livre: “Em suma, a primeira etapa do desenvolvimento institucional teve como antecedente, enquanto motivação, disciplinar estes novos grupos altamente perturbadores. A segunda etapa do desenvolvimento se produziu até fins do século XVIII e começo do XIX. Novamente, o fenômeno alcançou dimensões europeias. Esta foi a época da diferenciação dos delinquentes, e seu confinamento em verdadeiras cárceres em sentido moderno. Foi o tempo então em que a ‘solução’ institucional realmente suplantou o castigo físico”.

identificado um novo estágio da própria configuração da instituição prisão dentro da sociedade ocidental?

Thomas Mathiesen destaca três pontos de percepção que sugerem uma resposta positiva aos questionamentos lançados.

Em primeiro plano, aduz Mathiesen, é possível concluir que se vive atualmente um *novo momento institucional* da prisão pela constatação do incremento em larga escala das populações carcerárias. Tomando a realidade empírica brasileira, por exemplo, verifica-se que nos últimos quinze anos o Brasil, em termos relativos, encarcerou sete vezes mais que a média mundial. Enquanto a média mundial do número total de presos no período dos últimos quinze anos cresceu 30% (trinta por cento), a taxa de encarceramento no Brasil no mesmo período cresceu 221% (duzentos e vinte e um por cento), saltando de 170,6 mil presos em 1997 para 548 mil presos em 2012, conforme estudos desenvolvidos pelo International Center for Prison Studies³⁹⁹. Mathiesen assevera que incrementos similares no número de pessoas enviadas ao cárcere caracterizaram também as duas etapas anteriores desse processo institucional da prisão, visto que os aumentos produzidos nos séculos XVII e XIX ocorreram em circunstâncias muito similares à atual. Em segundo lugar, constata Mathiesen que a solução institucional da prisão como componente central da política penal dos países ocidentais tornou-se cada vez mais relevante. E, em terceiro lugar, a suposição entre as autoridades públicas responsáveis pela segurança e pelo desenvolvimento de políticas penais de que existe uma maior necessidade de se impor disciplina a grupos sociais inteiros considerados *perigosos* como forma de assegurar a vida em sociedade, destacando Mathiesen, ainda, que a mesma “suposta maior necessidade de disciplina” foi um fator motivador importante também nos séculos XVII e XIX, momentos, como visto, de significativo aumento da resposta carcerária aos problemas de ordem social⁴⁰⁰.

³⁹⁹ Confirmam-se os seguintes endereços eletrônicos: <http://www.cartacapital.com.br/sociedade/populacao-carceraria-brasileira-cresceu-7-vezes-mais-que-a-media-mundial-nos-ultimos-15-anos-5518.html> e <http://www.prisonstudies.org/country/brazil>

⁴⁰⁰ MATHIESEN, *op. cit.*, p. 51. Menciona ainda Mathiesen expressamente o seguinte: “En la exposición anterior hemos enfocado el desarrollo del sistema penal en um contexto sociológico. Pero el desarrollo vertiginoso de la solución carcelaria implica, ciertamente, una cuestión de valores: Deseamos tener ese desarrollo vertiginoso? Queremos una sociedad que confía cada vez más en el uso de la cárcel como método principal de resolución de conflictos? La cuestión de los valores reviste una importancia decisiva” (p. 53).

Não é apenas Thomas Mathiesen, contudo, que vislumbra uma nova etapa aqui.

Massimo Pavarini é outro autor que percebe o momento de uma nova fase, a fase do presente. De acordo com Pavarini, o estágio atual de desenvolvimento das sociedades ocidentais permite denotar que esta “nova fase” é marcada pela passagem da retórica e das práticas do *welfare* para àquilo que ele denomina de *prision-fare*. Nessa medida, o crescimento da parcela de excluídos especialmente em razão do aumento das desigualdades sociais percebidas sobretudo no mundo ocidental, acaba por tornar, politicamente, cada vez mais irreal o projeto de uma ordem social que seja estabelecida em propósitos de inclusão dos excluídos. Em consequência, elevam-se e ganham importância as políticas penais de exclusivo controle social das categorias sociais excluídas do mundo do consumo e das deliberações políticas de suas respectivas nações, fundadas, destaca Pavarini, “sobre a fé nas práticas de neutralização seletiva, em tudo coerentes com a linguagem da guerra”⁴⁰¹.

Parece, então, que o cárcere atingiu um novo patamar dentro daquilo que Mathiesen chama de “processo de desenvolvimento institucional” da prisão. Sob as considerações da política criminal *atuaria*⁴⁰², o cárcere já não objetiva a imposição de uma “cultura do trabalho” ao encarcerado, ou ainda a imposição da disciplina de forma a tornar os indivíduos presos seres dóceis e úteis. Já não é disso que se trata. A prisão agora tem um novo objetivo e um fim específico: proporcionar a *neutralização seletiva* de indivíduos e grupos sociais inteiros que se revelem perigosos para o corpo social tomado em sua acepção sistêmica ou para a ordem pública (reputados *inimigos*); nessa senda, ao contrário da pena de morte, dos suplícios ou dos apenamentos degradantes,

⁴⁰¹ PAVARINI, 2012, *op. cit.*, p. 91.

⁴⁰² “Assim foi que, por conta do ceticismo quanto às chances de sucesso das medidas de intervenção e tratamento e na ausência de uma melhor fundamentação *racional* para a privação da liberdade, a capacidade real da prisão de isolar os condenados durante a execução restituiu à neutralização o protagonismo no cenário da teoria jurídica e criminológica das penas. A prisão desistia oficialmente de *fabricar* sujeitos dóceis e úteis, dedicando-se àquilo que faz melhor: *conter e destruir* os muito *indóceis e inúteis*, subtraindo-os da vida livre em sociedade pelo maior tempo possível. Em outras palavras, *desfuncionalizada* além da *incapacitação*, a pena voltou a ser vista apenas como instrumento legal em *defesa da sociedade* contra a *perigosidade* de certos *delinquentes*. Não se tratava mais de tentar modificar o indivíduo ou seu contexto social, mas de enviá-lo para um lugar onde sua *ociosidade forçada* não fosse considerada uma ameaça para os demais. Para a glória tardia de Franz VON LISZT, a *inocuidade* dos *irrecuperáveis* tornava-se o principal suporte para qualquer novo projeto político-criminal de execução da pena no século XX” DIETER, Maurício Stegeman. **Política criminal atuaria: a criminologia do fim da história**. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 100.

o cárcere é, no âmbito dos Estados Democráticos de Direito da atualidade, uma medida considerada “indispensável” por ser reconhecida como *civilizada* e *constitucional*. Depois da utopia da correção e transformação do indivíduo pela mecanização e aprendizado do trabalho, e depois do projeto corretivo pela disciplina com vistas à docilidade e à utilidade, o momento agora é daquilo que Juarez Cirino dos Santos⁴⁰³ categoriza como “direito penal do risco da pós-modernidade”, em que a premissa fundamental se relaciona ao abandono dos projetos de correção ou de assunção de um encargo social de bem-estar em favor da neutralização e incapacitação seletivas, por meio de um constructo de linguagem belicista.

Esse é o ponto alto desta investigação: após o desenvolvimento de um pensar pautado especialmente no contraste entre o discurso oficial e os discursos críticos baseados na Criminologia, na Sociologia, na Penologia e na Filosofia Política, consegue-se, então, perceber a real função que à instituição prisão foi atribuída neste momento histórico, qual seja, a de controle de indivíduos e mesmo de grupos sociais inteiros, alijando-os, na medida do possível, de qualquer tipo de participação nos processos de deliberação político-democrática, mantendo a condição de *exclusão* desses indivíduos e grupos sociais.

Controlar, inocuizar, neutralizar, constringir em defesa da sociedade, todos os indivíduos e todos os grupos sociais que, por serem indesejáveis e por não existir séria disposição na produção de projetos políticos de inclusão (por uma série de fatores, já trabalhados nesta investigação), sob a perspectiva do exercício das relações de poder, são rotulados como *perigosos* e devem ser mantidos sempre e sempre à margem dos processos políticos e econômicos indispensáveis a uma digna vida em sociedade. E isso tudo se dá por meio da instituição carcerária, que, diferentemente da pena de morte, dos suplícios e da exposição degradante e brutal, no âmbito dos Estados Democráticos de Direito da atualidade, é considerada “indispensável” justamente por ser reconhecida como uma instituição *civilizada* e *constitucional* – fator determinante

⁴⁰³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez, in PAVARINI, Massimo, **Punir os inimigos: criminalidade, exclusão e insegurança**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Aliana Cirino Simon. Curitiba: LedZe, 2012. Apresentação à obra, p. 9. E ainda: “O discurso do crime trocou o *saber criminológico* pela *racionalidade operativa* dos sistemas, na linha da criminologia atuarial: o objetivo é gerir a criminalidade como risco da vida cotidiana, com um método que não quer *descobrir as causas* pessoais ou sociais da criminalidade, mas *reduzir o risco* de criminalidade pela *neutralização seletiva* de inimigos (o terrorista, o pedófilo, o delinquente habitual, etc.)” (grifos presentes no original).

para a retomada da centralidade da prisão nesta nova política pós-moderna de controle social de indivíduos e grupos inteiros⁴⁰⁴.

Redução da criminalidade, aumento da sensação de segurança, disciplinarização, instrumento garantidor da fidelidade no direito: todos esses são argumentos falaciosos a impregnar o discurso oficial jurídico-penal que procura conferir legitimidade ao cárcere, ocultando a verdadeira função da instituição penal no direito penal do risco pós-moderno. Esta *verdadeira função* não é outra senão a estigmatização e, a partir do etiquetamento e da concretização do rótulo, a neutralização seletiva de categorias sociais inteiras que, em algum momento histórico, foram ou serão “declaradas” como *perigosas* e, nesse prisma, ameaçam a garantia da boa vida em sociedade.

O cárcere funciona, não para corrigir o condenado ou intimidar desviantes potenciais, mas para neutralizar grupos sociais perigosos, com diferenciação da *resposta penal* pelo nível de periculosidade, segundo cálculo probabilístico de distribuição estatística do comportamento criminoso por segmentos sociais problemáticos. A linguagem abandona a retórica da responsabilidade pessoal e da correção individual, substituída pela retórica da utilidade social: o cárcere é usado para conter/incapacitar integrantes de grupos sociais de risco⁴⁰⁵.

Pavarini fala com precisão singular: a finalidade da neutralização seletiva se origina dentro mesmo de uma cultura tecnocrática e administrativa da penalidade, a interpretar o “sistema de justiça criminal” como um sistema que persegue objetivos de eficiência, em específico identificar níveis de periculosidade entre os diversos estamentos da sociedade e desenvolver estratégias que permitam o controle dos grupos sociais rotulados como de “maior periculosidade”⁴⁰⁶. É de um lugar semelhante, ou seja, é também acerca desta *nova cultura de controle do crime* a conferir utilidade às

⁴⁰⁴ “Então, o Autor fala da descoberta dolorosa: o cárcere funciona contra a criminalidade mediante seleção/neutralização de sujeitos que o Estado não pode/não quer incluir. O discurso estatístico de mensuração do risco substitui a lógica do conhecimento causal da criminalidade: a defesa não é combater as causas, mas reduzir os riscos de crimes pela neutralização seletiva de inimigos. A criminalidade não é explicável por causas pessoais, sociais ou econômicas, nem problema a pesquisar, compreender e resolver – apenas um custo social inevitável”. CIRINO DOS SANTOS, Juarez, *in* PAVARINI, Massimo, **Punir os inimigos: criminalidade, exclusão e insegurança**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Aliana Cirino Simon. Curitiba: LedZe, 2012. Apresentação à obra, p. 11.

⁴⁰⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez, *in* PAVARINI, Massimo, **Punir os inimigos: criminalidade, exclusão e insegurança**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Aliana Cirino Simon. Curitiba: LedZe, 2012. Apresentação à obra, p. 12.

⁴⁰⁶ PAVARINI, *op. cit.*, p. 155.

estruturas de poder que integram a justiça penal, que nos fala David Garland. No contexto do cárcere, assevera Garland que, na contemporaneidade, a prisão é concebida explicitamente como mecanismo de exclusão e controle; os antigos ideais do Estado Providência no sentido de permitir a gradativa reintegração do prisioneiro pelo seu contato com a família e a comunidade foram substituídos, neste momento histórico, pela segregação (com propósito de neutralização) de indivíduos e grupos sociais em nome da segurança pública. O limite entre a prisão e a comunidade ganha agora, adverte Garland, forte patulha no intuito de evitar a transferência de indivíduos de um lado para o outro⁴⁰⁷.

A culpabilidade, em face da esta autêntica postura *política*, perdeu sentido. Sob a perspectiva criminológica, o direito penal liberal clássico baseado na formalização de uma relação jurídico-processual com vistas a apurar a responsabilização criminal de um determinado indivíduo pelo ato por ele cometido não existe mais. O que há, agora, é uma *política criminal atuarial*: busca-se gerir grupos sociais que revelem algum tipo de risco criminal, não para intimidar, ressocializar ou disciplinar, mas para neutralizar e reduzir o mencionado risco criminal. Zygmunt Bauman, tendo por pano de fundo os dois momentos antecedentes à “terceira etapa de desenvolvimento” da instituição prisão apontados por Thomas Mathiesen, menciona que é possível generalizar o argumento de que tanto as casas de correção como os espaços panóptico de confinamento eram, antes e acima de qualquer coisa, *fábricas de trabalho disciplinado*. Contudo, na perspectiva da sociedade contemporânea pós-industrial, anota Bauman que “a diferença mais importante é precisamente o abandono de autênticas ou ambíguas ‘declarações de intenção reabilitadora’ no pensamento contemporâneo dos que praticam o sistema penal”. Ora, não se pode pensar o cárcere como uma fábrica de trabalho disciplinado se, na atualidade, não há mais trabalho por fazer. Simplesmente,

⁴⁰⁷ GARLAND, David. **A Cultura do Controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008p. 381-381. Destaca ainda o autor o seguinte: “Esta transformação da relação prisão/comunidade está intimamente relacionada com a transformação do trabalho. O desaparecimento dos primeiros empregos para homens jovens da ‘subclasse’, somado ao empobrecimento de famílias e de vizinhanças suscetíveis ao crime, significa que a prisão e a liberdade vigiada agora carecem dos apoios sociais dos quais anteriormente dependiam os esforços de reabilitação. Trabalho, previdência social e apoio familiar costumavam ser os pilares da reintegração de ex-prisioneiros à vida social. Com o declínio destes pilares, o encarceramento se tornou uma imposição de longo prazo, da qual os indivíduos têm poucas perspectivas de retornar para o estado de liberdade desvigiada” (p. 381).

não faz mais sentido pensar desta forma. Se em momentos históricos anteriores o capital necessitava absorver força de trabalho interna (casas de correção) e externas (primeiras penitenciárias) ao cárcere, na sociedade contemporânea pós-industrial a ordem é cada vez mais reduzir os postos de trabalho, ante a cada vez menor necessidade desta força de trabalho. Portanto, em condições tais, a prisão deixa de ser tanto uma escola para um emprego quanto uma forma compulsória de aumentar a mão de obra disponível diante de eventual falha de métodos “comuns” de apreensão de força de trabalho. Destarte, para Bauman, nas condições atuais da sociedade pós-industrial, o cárcere passou a ser um instrumento para “neutralizar uma parcela considerável da população que não é necessária à produção e para a qual não há trabalho ao qual se possa reintegrar”. Ainda de acordo com Bauman, os cárceres pós-modernos não trazem em si a preocupação com o que os seus encarcerados irão fazer enquanto estiverem confinados; o que realmente importa é que fiquem ali – não são mais fábricas de trabalho disciplinado, e sim verdadeiras *fábricas de exclusão* compostas, em sua quase totalidade, por seres humanos já acostumados à sua condição de *excluídos*⁴⁰⁸.

Cresce rapidamente em quase todos os países o número o número de pessoas na prisão ou que esperam prováveis sentenças de prisão. Em quase toda parte a rede de prisões está se ampliando intensamente. Os gastos orçamentários do Estado com as ‘forças da lei e da ordem’, principalmente os efetivos policiais e os serviços penitenciários, crescem em todo o planeta. Mais importante, a proporção da população em conflito direto com a lei e sujeita à prisão cresce num ritmo que indica uma mudança mais que meramente quantitativa e sugere uma ‘significação muito ampliada da solução institucional como componente da política criminal’- e assinala, além disso, que muitos governos alimentam a pressuposição, que goza de amplo apoio na opinião pública, segundo a qual ‘há uma crescente necessidade de disciplinar importantes grupos e segmentos populacionais’. O que sugere a acentuada aceleração da punição através do encarceramento, em outras palavras, é que há novos e amplos setores da população visados por uma razão ou outra como uma ameaça à ordem social e que sua expulsão forçada do intercâmbio social através da prisão é vista como um método eficiente de neutralizar a ameaça ou acalmar a ansiedade pública provocada por essa ameaça⁴⁰⁹.

Loïc Wacquant professa conclusão idêntica, ao apontar, após deduzir uma série de fatores, o abandono do ideal de reabilitação e sua substituição por aquilo que

⁴⁰⁸ BAUMAN, *op. cit.*, pp. 118-121.

⁴⁰⁹ BAUMAN, *idem*, pp.122-123.

denomina de “nova penologia”, que influenciará decisivamente as sociedades ocidentais do final do século XX. Nessa medida, o objetivo não é mais prevenir o crime ou tratar os delinquentes de forma a possibilitar sua reintegração ao corpo social após o cumprimento da pena. Segundo Wacquant, o escopo agora é outro: “isolar grupos considerados perigosos e neutralizar seus membros mais disruptivos mediante uma série padronizada de comportamentos e uma gestão aleatória dos riscos”⁴¹⁰. A partir de dados empíricos, Wacquant afirma que o resultado da extensão da rede de repressão penal na Europa e nos Estados Unidos (algo que se reflete nitidamente no Brasil e no restante da América Latina, é possível dizer) traduz-se no superpovoamento das prisões, a sobrecarregar enormemente o funcionamento dos demais setores de acompanhamento do preso (sobretudo após o período do cárcere), reforçando ainda mais a condição bruta de *depósito de indesejáveis* da prisão. Como as políticas penais das sociedades ocidentais, sobretudo no final do século XX, tornaram-se mais duras, austeras, abrangentes e cada vez mais voltadas para a *defesa social*, o cárcere automaticamente retomou sua posição de centralidade no sistema penal, agora, entretanto, com o objetivo último de promover neutralização seletiva de indivíduos e grupos sociais rotulados pelo discurso oficial como *potencialmente perigosos*.

Ao desempenhar condição de função-chave do sistema penal, a enfrentar e buscar “soluções” para questões penais e incluso para questões que no mínimo não deveriam ser penais, a instituição prisão, segundo Loïc Wacquant, além de controlar e armazenar indivíduos indesejáveis advindos em especial das classes sociais mais débeis previamente rotulados como perigosos, desempenhando a função de neutralização contribui ativamente para tornar perene a insegurança e a desigualdade sociais que, em última análise, legitimam-na e servem de caução. É a construção de um perfeito círculo retórico de violência, uma “espiral irresistível da pauperização penal”, resultado, como já dito, da utilização *política* do cárcere, apartado, materialmente, do alcance de quaisquer das funções “legitimantes” da prisão desenvolvidas pelas teorias jurídico-penais abarcadas pelo discurso oficial⁴¹¹.

⁴¹⁰ WACQUANT, *op. cit.*, p. 94.

⁴¹¹ WACQUANT, *idem*, p. 151.

Também Roberto Gargarella identifica o propósito político da neutralização seletiva operada pela instituição total tratada nesta investigação (e que em absoluto tem relação com as funções declaradas pelas teorias jurídico-penais), ao assinalar que o cárcere segue sendo hoje o destino que, no momento em que se exercita nosso reproche social, resta reservado aos membros com menor parcela de poder dentro da sociedade, o que os impede de articular motivos e justificativas que lhes permitam escapar de tal destino. Nessa perspectiva, os direcionamentos que mais decisivamente influenciam a política penal da pós-modernidade não visam à construção ou resgate de bons sentimentos, ou a construção de um discurso de convencimento daqueles que optaram pela delinquência como forma de sobrevivência. Em última análise, não buscam construir autênticas *comunidades*: a lógica é a da segregação, do controle, da neutralização e do distanciamento pelo aumento da desigualdade; dentro dessa lógica, para Gargarella, o objetivo é a formação de guetos, *countries* e cárceres. Desse modo, “uma instituição indefensável [a instituição prisão] é colocada ao serviço de políticas públicas também indefensáveis. E não há razões que justifiquem que isto siga ocorrendo”⁴¹². Ou melhor, há: a escusa razão de que se mantenha neutralizadas parcelas significativas do corpo social que, por algum motivo de ordem pragmático-política, foram rotuladas como potencialmente perigosas.

Ora, esta nova centralidade do cárcere como dispositivo controlador por excelência a partir do sistema de justiça criminal, por meio desta nova *lógica atuarial* de gestão de grupos sociais marginais, indicam uma racionalidade que se fundamenta, justamente, no controle de risco. É necessário controlar e restringir, antes que a sociedade seja lesionada ou violada. Dá-se, então, uma espécie de repressão preventiva, desde os planos teóricos de controle, visando, principalmente, alcançar populações que carreguem o estigma do risco. Nas palavras de Alessandro De Giorgi, “não se trata de aprisionar criminosos perigosos individuais, isto é, de neutralizar fatores de risco individual, mas sim de gerir, ao nível de populações inteiras, uma carga de risco que não se pode reduzir”⁴¹³.

⁴¹² GARGARELLA, Roberto. **De la injusticia penal a la justicia social**. Bogotá: Siglo del Hombre, 2008, p. 246-250.

⁴¹³ GIORGI, Alessandro de. **A miséria governada através do sistema penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan-ICC, 2006, p. 97.

De tudo o quanto foi dito, evidencia-se pela investigação em mesa que a instituição *prisão-cárcere*, em verdade, não está relacionada com as funções jurídico-penais a ela atribuídas pelo discurso oficial. Não há qualquer demonstração teórica ou empírica, nestes duzentos anos, que possa comprovar que as prisões desempenham os papéis a ela atribuídos pelo discurso oficial. Seu fim último está longe de ser jurídico. Ele é *político*. Como visto, especialmente tendo à frente a realidade local brasileira e latino-americana, conclui-se sem margem de dúvida que o cárcere não ressocializa, reeduca ou reinsere. Não obteve sucesso em reduzir índices de delinquência e de violência na sociedade moderna com a sua simbologia de coação psicológica sobre a totalidade da população, bem como não alcançou êxito em ser meio eficaz para elevação da fidelidade da população ao direito na busca de estabilização das expectativas normativas. Vale reiterar, portanto, que nenhuma das linhas teóricas jurídico-penais, sejam elas atreladas ao retribucionismo, ou atreladas à linha preventiva, conseguiu demonstrar a validade do cárcere a partir das funções supostamente por ele desempenhadas. Repetindo Bauman, forte em Mathiesen, todas essas teorias jurídico-penais da prisão são, sem exceção, logicamente falhas e empiricamente insustentáveis. O que se revela com esta constatação é algo que Zaffaroni sonha que seja difundido entre a população ocidental, em especial às latinas: trata-se a prisão de uma instituição de fundo político que tem por escopo último, por meio de sua utilização com o encarceramento em larga escala, desempenhar sua *real função* neste direito penal da pós-modernidade de controle e neutralização dos grupos coletivos percebidos como potencialmente perigosos.

O vaticínio final, para a realidade local (brasileira e latino-americana), fica a cargo de Juarez Cirino dos Santos⁴¹⁴: o cárcere tem por objetivo construir ordem social, por meio do método de controle político de indivíduos que o sistema oficial, por motivos também de caráter político, não pode ou não quer incluir. A constatação, ao final de tudo, não parece complexa: há indivíduos e grupos sociais em demasia e não há interesse em construir um quadro social que permita a convivência de todos em sociedade. Alguns devem padecer, precisam ser controlados, desde o início, desde a

⁴¹⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez, in **Punir os inimigos: criminalidade, exclusão e insegurança**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Aliana Cirino Simon. Curitiba: LedZe, 2012. Apresentação à obra, p. 14.

definição de sua periculosidade. E, na sociedade contemporânea pós-moderna, seguramente, não há nenhum instrumento que seja tão eficiente neste propósito quanto a instituição *prisão*.

Michel Foucault, ao ser questionado sobre se é possível conceber uma sociedade sem prisões, fez questão de lembrar que, até o século XVIII, a humanidade vivia em sociedades sem prisões. Contudo, continua a assinalar que imaginar na atualidade uma *sociedade utópica sem prisão* depende necessariamente de concluir se é possível pensar uma sociedade contemporânea na qual a aplicação das regras estivesse centrada nas mãos dos próprios grupos sociais. Para Foucault, então, “é toda a questão do poder político, o problema da hierarquia, da autoridade, do Estado e dos aparelhos de Estado. É apenas quando se tiver desembrenhado essa imensa questão que se poderá dizer: sim, deve ser possível punir dessa maneira (...)”⁴¹⁵.

⁴¹⁵ FOUCAULT, 2012a, *op. cit.*, p. 66.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como expressado ao longo de toda esta pesquisa acadêmica, o estudo verticalizado dos reais objetivos do sistema penal por meio da instituição prisão e dos mecanismos que, decisivamente, auxiliam e permitem a manutenção do uso do cárcere mesmo em face do seu evidente *fiasco* perante seus propósitos mais destacados e declarados, autoriza alcançar uma compreensão mais correspondente à realidade a respeito de como, ao contrário de tudo o que poderia indicar, a instituição prisão se mantém desde o fim do século XVIII até esta fase *pós-moderna* da humanidade sendo manejada de forma praticamente contínua nos últimos dois séculos, e inclusive voltando a exercer papel de centralidade no sistema jurídico-penal dos países do mundo ocidental, de uma forma geral.

As premissas construídas e as conclusões indicadas na presente investigação não são mais que apontamentos singelos sobre o cárcere nas sociedades ocidentais, em especial a partir das realidades brasileira e latino-americana. O tema é extremamente complexo e certamente merece verticalização muito mais profunda do que a empreendida nesta dissertação (inclusive por conta dos limites do propósito do próprio trabalho).

Como mencionado na introdução, não era o objetivo aqui desenvolver qualquer tipo de alternativa ao cárcere, ou delimitar sua utilização a determinados casos concretos a partir de sua abstração. Do mesmo modo não era intenção aqui fazer qualquer tipo de defesa (positivo ou negativo) das opções de política criminal escolhidas pelas sociedades ocidentais de forma geral, assim como não era o propósito aqui desenvolver uma arqueologia da história da prisão e sua evolução histórica ao longo dos últimos séculos.

Não há no trabalho aqui desenvolvido qualquer pretensão de se debater ou denunciar as mazelas do cárcere, o seu impacto na vida de um determinado indivíduo, ou ainda discutir se é possível se pensar na sociedade contemporânea sem prisões. O que se buscou nesta investigação foi aferir a real função do cárcere nas sociedades contemporâneas do mundo ocidental (especialmente, a brasileira e a latino-americana)

e, a partir desta aferição, procurar descobrir e desvelar os processos e os mecanismos que atualmente sustentam a instituição prisão enquanto instrumento político de controle de indivíduos e mesmo de categorias sociais inteiras.

Nessa perspectiva, assim como Michel Foucault, não interessa a este autor o estudo do detento como pessoa, e da concretude nele incidente de toda a carga negativa produzida pelo cárcere.

O que desperta o interesse deste autor, exatamente como em Foucault, são as táticas e estratégias do poder que sustentam essa paradoxal instituição, a prisão, ao mesmo tempo desqualificada e remanescente, perversa e redentora dos males sociais, excludente e onipresente.

Sem olvidar da advertência dos dois últimos parágrafos, cabe então expor as conclusões alcançadas por meio da investigação levada a curso e que se materializa agora nesta dissertação, expondo-se neste momento as principais inferências alcançadas pela pesquisa:

- a) as principais teorias legitimantes da prisão (e, em última análise, da própria pena criminal), de acordo com o discurso jurídico-penal, são a teoria retribucionista (absoluta), a teoria da prevenção geral negativa (intimidação ou coação psicológica sobre todo o grupo), a teoria da prevenção geral positiva (reforçar a consciência jurídica da população através da estabilização das expectativas normativas com vistas à elevação da fidelidade ao direito), a teoria da prevenção especial positiva (discurso de ressocialização, reeducação e reintegração do indivíduo condenado), e teoria da prevenção especial negativa (discurso da neutralização, inocuização e eliminação), e, finalmente, as teorias mistas ou unificadas;
- b) por seu turno, dentre as diversas teorias que compõem os discursos críticos da prisão, a partir dos postulados desenvolvidos pela Criminologia, pela Sociologia, pela Penologia e pela Filosofia Política, por conta de sua importância foram trabalhadas quatro dessas teorias: o *Labeling Approach* e as teorias do etiquetamento inseridas nos contextos do cárcere, a teoria de Michel Foucault e uma nova tecnologia do corpo mediante o controle do corpo pela instituição prisão, o viés marxiano e a criminologia radical, pensada a prisão como

reafirmação da ideologia (capitalista) dominante, e, por fim, os postulados da teoria agnóstica ou negativa da pena criminal;

- c) o grande questionamento da presente investigação tem óbvio matiz foucaultiano: a proposta aqui objetiva compreender como uma estrutura que desde o seu surgimento há cerca de 200 (duzentos) anos, como mecanismo que instrumenta de modo universal a pena criminal, foi alvo de grande crítica, e que, durante todo esse período, foi tão censurada, pôde resistir por tanto tempo e chegar ao início do século XXI ostentando, de forma quase inabalável (ao menos sob a perspectiva do aparelho estatal), novamente a condição de instrumento principal da exigência da pena;
- d) nesta medida, ainda seguindo explicitamente uma linha foucaultiana, o que se tentou propor nesta investigação foi a reflexão da prisão como mecanismo de exercício das relações de poder e, neste viés, como instrumento de controle social por parte da classe política e economicamente dominante sobre os demais estamentos sociais (categorias sociais inteiras), de modo a perceber exatamente de que forma o cárcere tem sido utilizado a partir do final do século XX, e qual sua real função no bojo da sociedade pós-industrial contemporânea, sobretudo a partir da realidade local brasileira e, em certa medida, também latino-americana;
- e) com Georg Rusche e Otto Kirchheimer, compreendeu-se então a relação entre *mercado de trabalho* e *sistema punitivo*, na medida em que, então, “o trabalhador integrado no mercado de trabalho é controlado pelo sistema do capital, enquanto o trabalhador fora do mercado de trabalho é controlado pela disciplina da prisão”. Concluem Rusche e Kirchheimer, ainda, que cárcere acabou por se concretizar como a principal forma de punição no mundo ocidental exatamente quando o fundamento econômico que sustentava a exploração dos prisioneiros perdeu eficácia com a industrialização, influenciada ainda pela enorme proporção que o crime atingiu com a grave crise industrial, pela cada vez maior exigência de controle das classes sociais privadas do acesso ao capital para o bom funcionamento da sociedade, e pelo surgimento, agora, de uma população carcerária;

- f) já para Michel Foucault, é o surgimento de *uma nova tecnologia de poder* relacionada ao castigo que traz o cárcere para a centralidade do sistema penal: a simbologia do terror que se abate sobre o indivíduo que se colocou contra o soberano e contra a sociedade dá lugar a um modelo disciplinador deste indivíduo. O excesso não é mais necessário. Segundo Foucault, o que agora se impõe é corrigir, disciplinar, curar o indivíduo, por meio de técnicas que não mais visam exclusivamente o corpo do sujeito, mas também, e principalmente, a sua alma. Se o suplício e a morte correspondente, como visto anteriormente, eram o “ponto alto” da demonstração concreta do poder soberano, com o surgimento desta nova tecnologia de poder, a morte passará a significar o momento em que o indivíduo escapa a qualquer poder e, conseqüentemente, a qualquer tipo de controle; estando esta nova tecnologia interessada não mais na morte, mas no corpo vivo do indivíduo, este (o indivíduo) passará a ser o ponto de influxo de toda a economia da justiça penal;
- g) a construção, ao longo deste trabalho, de um *contraste* entre o discurso oficial e o discurso crítico teve por intuito revelar que as funções oficiais da pena criminal e do cárcere embasadas nas teorias jurídicas podem, na contemporaneidade, ser admitidas como completamente ilegítimas e que, seriamente, não poderiam mais justificar um meio (a pena) que visa o alcance de um fim (a colocação do indivíduo no cárcere). Deste modo, já não é surpresa que *nenhuma das funções juridicamente* atribuídas à prisão mostre-se sustentável já neste período de pós-modernidade da sociedade humana, e desde antes;
- h) sustentar a existência da instituição prisão a partir das teorias jurídicas da pena canalizadoras de um discurso jurídico-penal pode ser traduzida como um “fechar de olhos” à realidade, desprezando-se totalmente o fato de que a real explicação do fenômeno não pode se dar jamais por meio de uma abordagem jurídica;
- i) um discurso deslegitimado, sem vinculação com a realidade e que apresenta óbvias características de perversidade, tal como é o discurso jurídico-penal, não traz em si sustentabilidade teórica e filosófica válida para justificar, em última

análise, a criação e manutenção de um instrumento totalizante igualmente perverso, como é o caso da prisão. Sob o ponto de vista *estritamente jurídico*, a conclusão mais plausível seria reconhecer que, enquanto projeto vinculado às funções jurídicas oficiais da pena criminal, a prisão deveria ser reputada como um retumbante *fracasso*;

- j) a compreensão da real função do cárcere, deste modo, passa necessariamente por aquilo que Michel Foucault chamou de “processos que encontramos atrás de toda uma série de afirmações bem estranhas à teoria penal do século XVIII”⁴¹⁶: estes *processos*, relacionados a um processo maior de transformação da ilegalidade em delinquência que a burguesia leva a cabo quando, ao se tornar a classe dominante, não mais necessita dos movimentos insurgentes das classes populares (camponesas e proletárias), irão fazer revelar e ao mesmo tempo instruir, em um plano epistemológico absolutamente diverso do jurídico, que o crime não é uma característica da personalidade de todos os homens, mas que é algo quase exclusivo de uma certa classe social. Esta perspectiva, nesta investigação denominada de *a priori*, serve então para determinar que os fundamentos da instituição prisão (e do poder de punir), assim como com as funções declaradas e oficiais da pena, não encontram respaldo em um discurso jurídico, sobretudo em razão de sua evidente contrariedade com o princípio da igualdade, material ou formal (pouco importa), um dos pilares de qualquer tipo de discurso jurídico liberal-iluminista, como é, por exemplo, o do direito penal ocidental;
- k) para além dessa perspectiva, conclui-se ainda pela existência de *mecanismos* que, sobretudo no Brasil, têm permitido ao aparelho repressor estatal continuar se valendo da instituição prisão como instrumento principal de punição criminal neste estágio da sociedade contemporânea, quais sejam: *a influência da mídia na deliberação e tomada de decisões de política penal, capital político-eleitoral que o discurso repressor de utilização da prisão angaria junto à opinião pública, e por fim a construção do discurso da existência de um inimigo no direito penal*;

⁴¹⁶ Michel Foucault, *Vigiar e Punir*, p. 261.

- l) com efeito, consoante assinala Eugenio Raúl Zaffaroni, restando anulado o próprio princípio do Estado de direito, e sendo então possível àqueles que exercem as relações de poder definir quem é o inimigo interno do Estado ou da nação através de uma decisão claramente política (em óbvia contrariedade aos fundamentos do direito penal liberal), tem-se que esta razão instrumental, em seu extremo, conduz à própria negação do Estado de direito. Deste modo, é na condição de instrumento político de controle social que a instituição prisão se inscreve e se representa dentro da sociedade contemporânea. Aqui, destarte, cumpre reconhecer o acerto dos teóricos agnósticos da pena criminal, ao sustentar que o fundamento da sanção criminal através do cárcere é, em última instância, político, e não jurídico, funcionando como verdadeiro instrumento político do exercício do poder punitivo. A prisão, como mecanismo político, serve finalmente para este objetivo: permitir o controle social de classes sociais dominadas ou não detentoras do exercício das relações de poder político e econômico;
- m) resta claramente perceptível, portanto, que a elevação do uso da instituição prisão está, por certo, vinculada à execução de uma política penal que não tem por escopo último a redução dos índices de criminalidade, mas antes possibilitar que o controle sociopolítico continue a ser exercido, mantendo-se, desta forma, o *status quo* garantidor da permanência das relações de poder tal como se encontram;
- n) a prisão, nesta era pós-moderna da sociedade humana, especialmente ao se trabalhar a realidade local brasileira e latino-americana, agora tem um novo objetivo e um explícito fim específico: proporcionar a *neutralização seletiva* de indivíduos e grupos sociais inteiros que se revelem perigosos para o corpo social tomado em sua aceção sistêmica ou para a ordem pública (reputados *inimigos*). Neste diapasão, ao contrário da pena de morte, dos suplícios ou dos apenamentos degradantes, o cárcere, para o discurso oficial jurídico-penal e no âmbito dos Estados Democráticos de Direito da atualidade, é um instrumento considerado “indispensável” justamente por ser reconhecido como *civilizado e constitucional*;

- o) deste modo, redução da criminalidade, aumento da sensação de segurança, disciplinarização, instrumento garantidor da fidelidade no direito: todos estes são argumentos falaciosos a impregnar o discurso oficial jurídico-penal que procura conferir legitimidade ao cárcere, ocultando a verdadeira função da instituição penal no direito penal do risco pós-moderno. Esta *verdadeira função* não é outra senão a estigmatização e, a partir do etiquetamento e da concretização do rótulo, a neutralização seletiva de categorias sociais inteiras que, em algum momento histórico, foram ou serão “declaradas” como *perigosas* e, nesta medida, ameaçam a garantia da boa vida em sociedade;
- p) chega-se, enfim, à conclusão de que o cárcere tem por objetivo construir ordem social, por meio do método de controle político de indivíduos que o sistema oficial, por motivos também de caráter político, não pode ou não quer incluir. A constatação, ao final de tudo, não parece complexa: há indivíduos e grupos sociais em demasia e não há interesse em construir um quadro social que permita a convivência de todos em sociedade. Alguns devem padecer, precisam ser controlados, desde o início, desde a definição de sua periculosidade. E, na sociedade contemporânea pós-moderna, seguramente, não há nenhum instrumento que seja tão eficiente neste propósito quanto a instituição *prisão*.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. 2ª ed. São Paulo: Boitempo, 2011.

ALMEIDA JÚNIOR, Reinaldo Santos de. **A política criminal alternativa: a proteção libertária de bens jurídicos na vida concreta da América Latina**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2011. Disponível em <<http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/handle/1884/26830>>.

ANDRADE, Fábio Martins. **Mídia e Poder Judiciário: a influência dos órgãos de mídia no processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática e Sistema Penal: em busca da segurança jurídica prometida**. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) – Doutorado, 1994.

ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia: uma fundamentação para o direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e criminologia do direito penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal**. Buenos Aires-Montevideu: Editorial B de F Ltda., 2004.

BARATTA, Alessandro. **Integración-Prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica**. Publicado em Revista Doctrina Penal, año 8, nº 29. Buenos Aires, 1985, pp. 9-26. Disponível em <<http://www.juareztavares.com/textos>>. Acesso em 12.10.2013.

BARATTA, Francesc. **Los medios, el crimen y la seguridad pública**. Disponível em <<http://www.insyde.org.mx/wp-content/uploads/2013/09/f.%20barata.pdf>>. Acesso em 05.10.2013.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BATISTA, Vera Malaguti (organizadora). **Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. 8ª ed. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BENTHAM, Jeremy. **As recompensas em matéria penal**. Tradução de Thais Miremis Sanfelippo da Silva Amadio. São Paulo: Riddel, 2007.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2ª ed. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2011.

BECK, Ulrich. GIDDENS, Anthony. LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. 2ª ed. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 2011.

BECKER, Howard S. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Tradução de Maria Luiza X. de Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.

BITTAR, Walter Barbosa (coordenador). **A criminologia no século XII**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOURDIER, Pierre. **Sobre a Televisão**. Tradução de Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

BOZZA, Fábio da Silva. **Teorias da pena: do discurso jurídico à crítica criminológica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 05 de janeiro de 2014.

BRASIL. **Lei nº 7.210**, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em 05 de janeiro de 2014.

BRASIL. **Lei nº 12.850**, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em 05 de janeiro de 2014.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2013.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A criminologia da repressão: uma crítica ao positivismo em criminologia**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A criminologia radical**. 8ª ed. Curitiba: ICPC Lumen Juris, 2008.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal – Parte Geral**. 4ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Teoria da Pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: ICPC Lumen Juris, 2005.

DAL RI JÚNIOR, Arno. **História do Direito Penal entre Medievo e Modernidade**. Organizadores Arno Dal Ri Júnior e Ricardo Sontag. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

DELEUZE, Gilles. **Foucault**. Tradução de Claudia Sant'Anna Martins. Revisão da tradução de Renato Ribeiro. São Paulo: Brasiliense, 2005.

DÍAZ, Esther. **A filosofia de Michel Foucault**. Tradução de Cesar Candiottto. São Paulo: UNESP, 2012.

DIETER, Maurício Stegeman. **Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ELIAS, Norbert. SCOTSON, John L. **Os estabelecidos e os outsiders: sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade**. Tradução de Vera Ribeiro. Revisão técnica de Federico Neiburg. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

ELSTER, Jon. **Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições**. Tradução de Cláudia Sant'Ana Martins. São Paulo: UNESP, 2009.

ENGELS, Friedrich. **Letters on Historical Materialism to Joseph Bloch**. 1890.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Tradução de Rachel Soares e Angela Crispino. 12ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1991.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2ª ed. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FOUCAULT, Michel. **A arqueologia do saber**. 8ª ed. Tradução de Luiz Felipe Baeta Neves. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013.

FOUCAULT, Michel. **A Ordem do Discurso: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970**. 21ª ed. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Loyola, 2011.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 4ª ed. Tradução de Eduardo Jardim e Roberto Machado. Rio de Janeiro: Nau, 2013.

FOUCAULT, Michel. **As palavras e as coisas: uma arqueologia das ciências humanas**. 8ª ed. Tradução de Salma Tannus Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FOUCAULT, Michel. **Coleção Ditos e Escritos, Vol. IV: estratégia, poder-saber**. 3ª ed. Organização, seleção de textos e revisão técnica de Manoel Barros da Motta. Tradução de Vera Lucia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012a.

FOUCAULT, Michel. **Coleção Ditos e Escritos, Vol. VI: repensar a política**. Organização e seleção de textos de Manoel Barros da Motta. Tradução de Ana Lúcia Paranhos Pessoa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Coleção Ditos e Escritos, Vol. VIII: segurança, penalidade, prisão**. Organização e seleção de textos de Manoel Barros da Motta. Tradução de Vera Lucia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012b.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica: curso no Collège de France**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008a.

FOUCAULT, Michel. **O sujeito e o poder**. Disponível em <http://www.uesb.br/eventos/pensarcomfoucault/leituras>. Acessado em 09.09.2013.

FOUCAULT, Michel. **Os anormais: curso no Collège de France (1974-1975)**. 2ª ed. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Segurança, território, população: curso no Collège de France (1977-1978)**. Edição estabelecida por Michel Senellart sob a direção de François Ewald e Alessandro Fontana. Tradução de Eduardo Brandão. Revisão da tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2008b.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. 37ª ed. Tradução de Raquel Ramallete. São Paulo: Vozes, 2009.

GARGARELLA, Roberto. **De la injusticia penal a la justicia social**. Bogotá: Siglo del Hombre, 2008.

GARGARELLA, Roberto. **Mano dura sobre el Castigo. Autogobierno y Comunidad**". Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Ano 8, n. 1, p. 101-116, set. 2007.

GARLAND, David. **A Cultura do Controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GIORGI, Alessandro de. **A miséria governada através do sistema penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan-ICC, 2006.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. 7ª ed. Tradução de Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 2005.

GOFFMAN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. 4ª ed. Tradução de Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

GUZMÁN, Nicolás (organizador). **Neopunitivismo y neoinquisición: un análisis de políticas y prácticas penales violatorias de los derechos fundamentales del imputado**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008.

HALLEVY, Gabriel. **The right to be punished: modern doctrinal sentencing**. Berlin Heidelberg: Springer, 2013.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del Derecho Penal**. Tradução de Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005.

HASSEMER, Winfried. LÜDERSEN, Klaus. NAUCKE, Wolfgang. **Principales problemas de la prevención general**. Tradução de Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Buenos Aires-Montevideu: Editorial B de F Ltda., 2004.

HASSEMER, Winfried. MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la Criminología y al Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

HEGEL, Georg Wilhelm Friederich. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução de Orlando Vitorino. Lisboa: Guimarães Editores, 1990.

HESPANHA, Antonio Manoel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio**. Coimbra: Almedina, 2012.

HICKS, Stephen R. C. **Explicando o Pós-modernismo: ceticismo e socialismo, de Rousseau a Foucault**. Tradução de Silvana Vieira. São Paulo: Callis, 2011.

HOBBSAWN, Eric. **A Era do Capital**. 15ª ed. Tradução de Luciano Costa Neto. São Paulo: Paz e Terra, 2012.

JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 4ª ed. Organização e tradução de André Luíz Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes – Parte 1: princípios metafísicos da doutrina do direito**. Tradução de Artur Morao. Lisboa: Edições 70, 2004.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. 3ª ed. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2011.

MALARÉE, Hernán Hormazábal. **Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (el objeto protegido por la norma penal)**. 2ª ed. Lima: Idemsa, 2005.

MARTÍN, Víctor Gómez (organizador). **Política criminal y reforma penal**. Buenos Aires-Montevideu: Editorial B de F Ltda., 2007.

MARX, Karl. **Teoria e processo histórico da revolução social: prefácio à Contribuição à crítica da economia política**. In: FERNANDES, Florestan (Org.). **Marx/Engels: história**. São Paulo: Ática, 1989. (Coleção Grandes Cientistas Sociais). p. 231-235.

MARX, Karl. **Crítica da filosofia do direito de Hegel**. 3ª ed. Tradução de Rubens Enderle e Leonardo de Deus. São Paulo: Boitempo, 2013.

MARX, Karl. **Para a crítica da economia política**. Tradução de Edgard Malagodi. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

MARX, Karl. ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã: crítica da novíssima filosofia alemã em seus representantes Feuerbach, B. Bauer e Stirner, e do socialismo alemão em seus diferentes profetas**. Tradução de Marcelo Backes. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

MATHIESEN, Thomas. **Juicio a la Prision: una evaluación crítica**. Tradução de Mario Coriolano e Amanda Zamuner. Buenos Aires: Ediar, 2003.

MELOSSI, Dario. PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan e ICC, 2006.

MENEGAT, Marildo. **A crise da Modernidade e a barbárie**. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/physis/v10n1/a09.pdf>. Acesso: 29.10.2013.

MONTESQUIEU (Charles-Louis de Secondat), **Do Espírito das Leis**. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Nova Cultural, 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal y control social**. 2ª ed. Bogotá: Temis, 2004.

MUNÓZ CONDE, Francisco. **De nuevo sobre el “derecho penal del enemigo”**. Disponível em <http://www.derechopenalened.com/munozconde/>. Acesso: 22.08.2013.

MUNÓZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo: estudios sobre el Derecho penal em el Nacionalsocialismo**. 4ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

MUNÓZ CONDE, Francisco. **Introducción al Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1975.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **A genealogia da moral**. 7ª ed. Tradução de Joaquim José de Faria. São Paulo: Centauro, 2007.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. Tradução de Elza Maria Gasparotto. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

NINO, Carlos Santiago. **Pena de muerte, consentimiento y protección social**. Disponível em <http://new.pensamientopenal.com.ar/01092009/doctrina01.pdf>. Acesso: 10.04.2013.

OLIVEIRA, Márcia Gardênia Monteiro; BARBOSA, Maria Ligia de Oliveira; QUINTANEIRO, Tania. **Um toque de clássicos: Marx, Durkheim e Weber**. 2.ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011.

PASUKANIS, Eugeny Bronislanovich. **A teoria geral do direito e o marxismo**. Tradução de Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

PAVARINI, Massimo. **Los confines de la cárcel**. Montevideu. Carlos Alvarez Editor. 1995.

PAVARINI, Massimo. **Punir os inimigos: criminalidade, exclusão e insegurança**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Aliana Cirino Simon. Curitiba: LedZe, 2012.

PAVARINI, Massimo. **Un arte abyecto. Ensayo sobre el gobierno de la penalidade**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

PUIG, Santiago Mir. **Derecho penal: parte general**. 3ª ed. Barcelona: PPU, 1990.

PUIG, Santiago Mir. **Funcion de la Pena y Teoria del Delito en el Estado Social y Democratico de Derecho**. 2ª ed. Barcelona: Bosch, 1982.

PUIG, Santiago Mir. **Estado, Pena y Delito**. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L./B de F Ltda., 2006. (Colección: Maestros del Derecho Penal, nº 21).

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Tradução Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

ROXIN, Claus. **Derecho penal, Parte General. Fundamentos. La estrutura de la teoria del delito**. 8ª ed. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. **Fundamentos político-criminales del Derecho penal**. Tradução de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. 8ª ed. Tradução de Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. 3ª ed. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, Maria Fernanda Palma e Ana Isabel de Figueiredo. Lisboa: Vega, 1998.

ROXIN, Claus. ARZT, Gunther. TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Coordenação de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

RUBINGTON, Earl; WEINBERG, Martin. **The study of social problems: seven perspectives**. 6ª ed. Nova York: Oxford University Press, 2003.

RUSCHE, Georg. KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**. 2ª ed. Tradução de Gizlene Neder. Rio de Janeiro, Revan: 2004.

SÁ, Alvino Augusto de. SHECAIRA, Sérgio Salomão (organizadores). **Criminologia e os problemas da atualidade**. São Paulo: Atlas, 2008.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político. Teoria do *partisan***. Coordenação de Luiz Moreira. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SILVA, Luana de Carvalho. **O princípio da culpabilidade e a produção de sujeitos**. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2008. Disponível em <<http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080//dspace/handle/1884/14223>>.

SILVA, Luana de Carvalho. **Carne e culpa: notas sobre a gestão penal do sexo**. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2012. Disponível em <<http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080//dspace/handle/1884/28062>>.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo**. 2ª ed. Buenos Aires-Montevideo: Editorial B de F Ltda., 2010.

TAYLOR, Ian. WALTON, Paul. YOUNG, Jock. **La nueva criminología: contribución a una teoría social de la conducta desviada**. Tradução de Adolfo Crosa. Buenos Aires: Amorrortu, 2007.

WACQUANT, Loïc. **As Prisões da Miséria**. 2ª ed. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

WACQUANT, Loïc. **As duas faces do gueto**. Tradução de Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2008.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]**. 3ª ed. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

YAZBEK, André Constantino. **10 lições sobre Foucault**. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

YOUNG, Jack. **A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. 5ª ed. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. 2ª ed. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Política Criminal Latinoamericana. Perspectivas/Disyuntivas**. Buenos Aires: Hammurabi, 1982.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl (coordenador). **Sistemas penales y derechos humanos em América Latina**. Buenos Aires: Depalma, 1986.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Manual de Derecho Penal**: Parte General. Buenos Aires: Ediar, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZILIO, Jacson. BOZZA, Fabio da Silva. **Estudos críticos sobre o sistema penal: homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário**. Curitiba: LedZe, 2012.

Endereços eletrônicos consultados:

<http://www.cartacapital.com.br>

<http://www.cnj.jus.br>

<http://m.congressoemfoco.uol.com.br/noticias/>

<http://www.onu.com>

<http://www.planalto.gov.br>

<http://portal.mj.gov.br/main.>

<http://www.prisonstudies.org/>

<http://www.rawstory.com/>

<http://www.routledge.com/criminology/>

<http://ssrn.com/en/>

<http://www.uesb.br/eventos/>